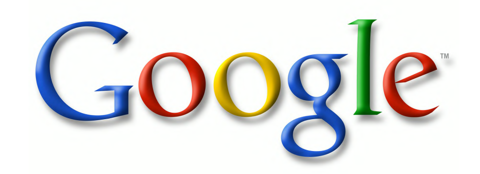


Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

Geheimem Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders-Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Vierzehnter Theil.

Neue unveränderte Ausgabe der zweiten Auflage.

Erlangen,

Verlag von Palm & Enke.

(Adolph Enke.)

1868.

Rec. June 4, 1902

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Lib. XIII. Tit. VII.

De pigneratitia actione.

§. 861.

Begriff von *pignus* und *hypotheca*. Unterschied zwischen beyden.

Der dritte Realcontract ist der Pfandcontract (contractus pigneratitius), welcher das Unterscheidende hat, daß er ein blos accessorischer Contract ist, der dazu dient, eine schon vorhandene Verbindlichkeit zu verstärken, so daß der Gläubiger wegen ihrer Erfüllung mehr gesichert ist. Er wird auch *pignus* schlechtweg genannt. Man verbindet aber mit dem Worte Pfand, *pignus*, bekanntlich einen dreyfachen Begriff. Es wird nämlich I) für Pfandrecht genommen, und dann versteht man darunter ein dingliches Recht, welches dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung an der Sache eines Andern dergestalt zusteht, daß er sich in dem Falle, da die Schuld nicht gebührend bezahlt wird, an die Sache halten, und durch Veräußerung derselben aus ihrem Erlös sich bezahlt machen kann [1]). II) Für den Gegenstand

1) Unter den ältern Rechtsgelehrten haben die Lehre vom Pfandrechte vorzüglich *Hug.* Donellus, *Franc.* Balduinus, *Mercur.* Merlinus, *Gab.* Mudaeus, *Reinh.* Bachovius und *Ant.* Negusantius in ihren Werken de pignoribus et hypothecis abgehandelt; unter den neuern ist Ernst Christ. West-

desselben, oder die verpfändete Sache selbst, welche man das Pfandstück nennt. Erhält der Gläubiger zugleich den Besitz der Sache, so ist dieß ein *pignus*[2]) im eigentlichen Sinn, und wird bey beweglichen Sachen ein handhabendes Pfand, oder Pfandrecht, oder auch ein Faustpfand, bey unbeweglichen Gütern hingegen ein Unterpfand oder Unterpfandsrecht genannt. Wird aber die Sache ohne Uebergabe verpfändet, so heißt dieß eine Hypothek, oder Pfandverschreibung, und dieses Wort wird ebenfalls sowohl für das Recht selbst, als für den Gegenstand desselben genommen. Ulpian sagt *L.* 9. §. 2. *D. de pigner. act.* Proprie *pignus* dicimus, quod ad creditorem transit; *hypothecam*, cum non transit nec possessio ad creditorem; und Florentinus bemerkt *L.* 35. §. 1. *D. eodem.* PIGNUS, manente proprietate debitoris, *solam possessionem* transfert ad creditorem. Der Unterschied besteht also darin. a) Eine Hypothek wird durch den bloßen Vertrag, ein

phals Versuch einer systematischen Erläuterung der sämmtlichen röm. Gesetze vom Pfandrecht. Leipzig 1770. und 1794. 8. die beste Schrift. Man verbinde jedoch noch damit *Jo. Henr. Christ.* ERXLEBEN Principia de iure pignorum et hypothecarum. *Goett.* 1779. 8.

2) In der *L.* 238. §. 2. *D. de Verb. Signif.* wird das Wort *pignus* von *pugnus* abgeleitet, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Allein Andere wollen das Wort *pignus* vielmehr von dem alten Worte *pago* oder *pigo* herleiten, welches soviel als iungo oder figo oder obligo heißt. S. MENAGIUS Amoenitat. iuris civ. cap. 39. VOSSIUS in Etymolog. v. *Pignus*, und *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. iuxta seriem Dig. Decad. 65. §. 1.

Faustpfand aber durch Uebergabe der verpfändeten Sache bestellt. Hierher gehört §. 7. *I. de action.* wo es heißt: PIGNORIS appellatione eam proprie rem contineri dicimus, *quae simul etiam traditur creditori*, maxime si *mobilis* sit. At eam, quae sine traditione *nuda conventione* tenetur, proprie HYPOTHECAE appellatione contineri dicimus. Diesem ist die *L.* 1. *D. h. t.* nicht entgegen. Denn wenn es daselbst heißt: *Pignus* contrahitur *non sola traditione*, sed etiam *nuda conventione*, etsi non traditum sit; so wird hier das Wort *pignus* für Pfandrecht im allgemeinen Sinn genommen [3]). b) Das pignus im eigentlichen Sinn gibt dem Gläubiger ein Retentionsrecht, welches er nicht nur wegen der Pfandschuld selbst, sondern auch wegen anderer Forderungen geltend machen kann, wofür das Pfand nicht gegeben ward [4]), vorausgesetzt, daß der Gläubiger den Besitz des Pfandes von dem Schuldner selbst durch Vertrag erhielt [5]). Ein solches Retentionsrecht ist hingegen bey einer Hypothek undenkbar, weil sie mit keinem Besitz verbunden ist. c)

3) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad L. 1. D. h. t. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3. et EMMINGHAUS ad *Eundem* not. **.

4) *L. un. Cod. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse.* S. WIESE Diss. de retentione pignoris tam ob eadem, quam ob diversa debita. *Rostochii* 1780. §. 13. *Jo. Ant. Thilemann de* SCHENK Diss. de retentione pignoris ob aliud debitum chirographarium. *Bremae* 1730. und *Sam. Frid.* WILLENBERG Diss. de retentione pignoris. §. 14. in EIUS *Exercitation. Sabbathin.* P. II. Nr. XXXIV.

5) S. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bem. 10.

Zum Pfande können ferner nur gegenwärtige Sachen gegeben werden. Allein eine Hypothek kann auch künftige Sachen zum Gegenstande haben. *L.* 15. *pr. D. de pign. et hypoth.* sagt: **Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, *hypothecae* dari possunt; ut fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum, et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata.** d) Gewöhnlich besteht ein *Pignus* in beweglichen, eine Hypothek aber in unbeweglichen Sachen [6]). Es ist jedoch dieser Unterschied nicht wesentlich. Denn so wie nach klaren Gesetzen auch unbewegliche Sachen zu einem Unterpfande eingeräumt werden können [7]); so können im Gegentheil bewegliche Sachen auch zur Hypothek verschrieben werden [8]). In Absicht auf das dingliche Recht hingegen, und die daraus entspringende hypothekarische Klage ist zwischen *pignus* und

6) *L.* 238. §. 2. *D. de Verb. Signif.* §. 7. *I. de action.* S. *Reinh.* Bachovii Tract. de pignorib. et hypoth. Lib. I. cap. I. und Walch Introduct. in Controv. iuris civ. pag. 417.

7) *L.* 11. §. 1. *L.* 31. *D. de pignor. L.* 16. §. 2. *D. de pigner. act. L.* 9. *D. de oper. novi nunciat.*

8) *L.* 34. *D. de pignor.* S. *Io. Aug.* Hellfeld Diss. de hypotheca mobilium. *Ienae* 1743. Cap. 3. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 712. Im Zweifel wird jedoch das auf beweglichen Sachen des Schuldners bestellte Pfandrecht eher für ein handhabendes Pfand, als für eine Hypothek gehalten. Daher werden auch dem Gläubiger an den ihm von dem Schuldner zur Sicherheit seiner Forderung übergebenen Schuldscheinen eines Dritten die Rechte eines handhabenden Pfandes ohne Bedenken eingeräumt, weil nach gemeinen Rechten ausgeliehene Capitalien als bewegliche Sachen des Schuldners betrachtet werden. S. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. 42.

hypotheca kein Unterschied [9]). Blos in dieser Beziehung sagt Marcian *L.* 5. §. 1. *D. de pign. et hypoth.* Inter *pignus* et *hypothecam* tantum nominis sonus differt, wie nicht nur aus der Inscription der angeführten *L.* 5. *de pign. et hypoth.* erhellet, welche so lautet: MARCIANUS *libro singulari ad formulum hypothecariam* [10]); sondern auch in einer Stelle der Institutionen §. 7. *IV.* 6. *de actionib.* ausdrücklich gesagt wird, wo es heißt: Inter *pignus* autem et *hypothecam* (quantum *ad actionem hypothecariam* attinet) nihil interest. Nam de qua re inter creditorem convenerit, ut si pro debito obligata: utraque hac appellatione continetur. Ein Faustpfand hat daher nach gemeinem Rechte vor der Hypothek keinen Vorzug [11]). Jedoch begrün-

9) Daher werden die Ausdrücke *pignus* und *hypotheca* in den Gesetzen zuweilen als gleichbedeutend genommen. So wird die Hypothek pignus genannt *L.* 17. §. 2. *D. de pactis* und wiederum das pignus Hypothek *L.* 5. §. *ult. D. de pignor.* S. HUBERI Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. I. §. 1. Auch die hypothekarische Klage wird deswegen nicht selten in den Gesetzen *actio pigneratitia* genannt. *L.* 41. *D. de pigner. act. L.* 3. §. 3. *D. ad exhib. L.* 7. §. 12. *D. Communi divid. L.* 19. *L.* 30. §. 1. *D. de except. rei iud. L.* 5. *Cod. Si res aliena pignori.* S. BRISSONIUS de Verb. Significat. voc. *Pigneratitius* nr. 5. und BACHOVIUS de pignor. et hypoth. Lib. I. cap. 1. pag. 2.

10) S. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 1. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXXV. §. 3. und besonders *Bern. Henr.* REINHOLDI Oratio de inscriptionibus Legum Digestorum et Cod. §. 10. in *Opuscul. iurid.* p. 574. sqq.

11) *L.* 12. *pr. et* §. 10. *D. Qui potiores in pignore.* S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXIII. medit. 1.

det es eine persönliche Klage auf Zurückgabe des Pfandes nach geschehener Befriedigung des Gläubigers, welche bey der Hypothek, deren Besitz bey dem Schuldner bleibt, undenkbar ist[12]).

§. 862.

Pfand-Contract. **Contractus fiduciae; pactum hypothecae.**

Unter *pignus* wird auch III. der Pfandkontract verstanden, welches derjenige Realkontract ist, wodurch dem Gläubiger eine Sache zur Sicherheit seiner Forderung mit der Bedingung übergeben wird, daß er sie nach erhaltener Befriedigung wieder zurückgebe. Davon unterschieden ist der Hypothekvertrag (*pactum hypothecae*), wodurch dem Gläubiger blos ein dingliches Sicherheitsrecht auf des Schuldners Gütern ertheilt wird, ohne ihm den Besitz derselben einzuräumen. Dieser ist ein prätorischer Vertrag, woraus jedoch der Prätor eine dingliche Klage (actio hypothecaria) gibt. Allein der Pfandkontract verdankt dem Civilrecht seinen Ursprung, und war schon seit den ältesten Zeiten der Römer verbindlich. Denn wahrscheinlich handelte die letzte der zwölf Tafeln von demselben[13]). Es werden aber dadurch nur persönliche Verbindlichkeiten unter den Contrahenten begründet, auf deren Erfüllung mit der *actio pigneratitia* geklagt werden kann. Hier ist nicht davon die Rede, daß der Gläubiger auch wirklich immer

12) Man sehe überhaupt *Iust. Henn.* Boehmeri Diss. de diverso pignoris et hypothecae iure. *Halae* 1718. et in *Exercitat. ad Pandect.* Tom. III. pag. 802. sqq.

13) S. *Iac.* Gothofredi Quatuor fontes iuris civ. pag. 157. nach der Genfer Ausgabe vom Jahr 1653. und im Thes. Otton. Tom. III. pag. 139.

ein **Pfandrecht** erhalte[14]). Denn es kann auch eine fremde Sache zum Pfande gegeben werden. Die Verbindlichkeit unter den Contrahenten ist hier begründet, wenn eine Sache dem Gläubiger zum Pfande gegeben worden ist, sie sey eine eigene Sache des Schuldners, oder eine fremde Sache. Es zeigt sich hierin ein wichtiger Unterschied zwischen der **actio pigneratitia** und der **actio hypothecaria**. Letztere setzt immer ein gültiges Pfandrecht voraus[15]). Denn sie ist eine dingliche Klage, die gegen jeden Besitzer des Pfandes Statt hat. Allein die **actio pigneratitia** ist eine blos persönliche Klage, welche nur unter den Contrahenten Statt findet. Hier verbindet schon der Contract den Gläubiger (**re obligatur**), das Pfand, nach erhaltener Bezahlung, zurückzugeben, wenn es auch dem Schuldner nicht gehört[16]). Allein wenn der Gläubiger sein Sicherheitsrecht gegen den dritten Pfandinhaber geltend machen will, so muß er beweisen können, daß ihm ein gültiges Pfandrecht bestellt worden sey. Daher sagt **Noodt**[17]) mit Recht: **Multum interest, inter obligari pignori, et dari pignori Priori casu res obligatur: posteriori *contrahentium personae tenentur: res libera est*.** Um jedoch wieder auf den Pfandkontract zu kommen, so war ursprünglich die Form dieses Contracts zweyfach. Ehe nämlich der Prätor die **actio hypothecaria** eingeführt hatte, diente das Pfand dem

14) Man sehe vorzüglich *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 321.

15) *L.* 6. *Cod.* Si aliena res pignori data sit.

16) §. 4. *I. Quib. mod. re contrah. obligat. L.* 9. §. 4. *L.* 22. §. 2. *D. h. t.*

17) Cit. loc. et Lib. I. Observation. cap. 7.

Gläubiger nur so lange zur Sicherheit, als er dasselbe in Händen hatte. Verlor er den Besitz, so hatte er anfänglich gegen den dritten Besitzer, der nicht der Schuldner war, gar keine Klage. Um ihm diese zu verschaffen, pflegte man dem Gläubiger entweder außergerichtlich durch die Feyerlichkeit der Mancipation vor fünf Zeugen, oder gerichtlich durch ein **cessio in iure** mit dem Besitz auch das Eigenthum des Pfandes wiederruflich und unter der Bedingung zu überlassen, daß er es dem Schuldner remancipiren solle, sobald er von dem letztern seine Befriedigung erhalten hätte Der auf solche Art mit dem Gläubiger geschlossene Pfandkontract wurde *Fiducia*, oder *contractus fiduciarius* genannt, so wie man im Gegentheil den Pfandkontract ohne die **lex fiduciae** nur schlechthin *pignus*, *depositum pignus*, oder *contractus pigneratitius* zu nennen gewohnt war [18]). Merkwürdig ist die den Unterschied zwischen *pignus* und *fiducia* erläuternde Stelle des Isidorus [19]), welcher sagt: **PIGNUS est, quod propter rem creditam obligatur, cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor, ceterum dominium penes debitorem est. FIDUCIA est, cum res aliqua, sumendae mutuae pecuniae gratia, vel mancipatur, vel in iure ceditur.** Jedoch wurde auch die Sache selbst, deren Ei-

18) S. *Ger.* NOODT Observation. Lib. II. cap. 7. *Ant.* SCHULTING ad Pauli Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 4. et 13. in *Iurisprud. Antejustin.* pag. 271. et 282. sq. IDEM Thes. controversar. Decad. L. Th. 2. et 3. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. in Append. pag. 398 sq. *Franc. Car.* CONRADI Diss. II. de pacto fiduciae. *Helmst.* 1732. und Westphals Pfandrecht §. 63.

19) *Origin.* Lib. V. cap. 25.

genthum dem Gläubiger zu seiner Sicherheit unter der Bedingung der Remancipation war überlassen worden, *fiducia* oder *res fiduciaria* genannt [20]). Daher die Redensart *fiduciam distrahere* [21]). Der Name *Fiducia* entstand unstreitig daher, weil man dabey besonders auf die Treue und Ehrlichkeit des Gläubigers bauete. Es beweißt dieß auch die Formel, deren sich der Schuldner bey Abschließung dieses Contracts bediente: *Ego hanc rem meam tibi mancupo, ut eam mihi remancupes, uti me propter te fidemve tuam captus fraudatusve fiem* [22]). War nun dem Gläubiger das Pfand sub lege fiduciae mancipirt worden, so ward er so lange, als er die Sache noch nicht remancipirt hat, als wahrer Eigenthümer angesehen; er konnte sein Eigenthum nicht nur gegen jeden dritten Besitzer des Pfandes gerichtlich verfolgen, sondern auch das Pfand außergerichtlich, wo er es fand, an sich nehmen [23]). Der Gläubiger

20) Paulus *Sentent. Recept. Lib. II. Tit.* 13. §. 2. *et* 7. *et ad* Eundem Schulting in *Iurisprud. Antejust.* pagr. 286.

21) Paulus *cit. loc.* §. 1. et 3.

22) S. Conradi Diss. I. de pacto fiduciae §. 16. und Diss. II. §. 2.

23) *L.* 66. *D. de Rei vindicat.* Paulus *Sentent. Receptar. Lib. V. Tit.* 26. §. 4. Creditor fiduciam et pignora apud se deposita persequi, et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur. S. *Ant.* Schulting *Iurisprud. Antejust.* p. 524. not. 30. 31. et 32. Als Eigenthümer konnte der Gläubiger auch das Pfand einem Jeden, wem er wollte, vermachen. S. Paulus c. l. §. 6. Es fand hier sogar ein legatum vindicationis Statt, denn das Pfand war iure Quiritium Eigenthum des Gläubigers geworden. Ulpian. *Fragment. Tit.* 24. §. 7. Hierauf soll sich beziehen, was Papinian *L.* 9. §. 2. *D. de suppellect. legata* sagt: Supellectili sua omni legata,

konnte sich auch die Früchte und Nutzungen des Pfandes zueignen, allein er mußte sie auf die Schuld abrechnen[24]).

acceptum argentum pignori non continebitur: quia supellectilem suam legavit: utique *si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit*, sed propositum propter contractus fidem, ac restituendae rei vinculum. Sowohl Cujaz ad Papiniani responsa lib. VII. als *Ger.* Noodt Observat. Lib. II. c. 10. erklären die Worte *si non in usu pignoris* von dem contractu fiduciae. Jedoch lieset Noodt *Si non iuris creditoris* etc. und versteht unter ius, Eigenthum, und statt propositum lieset er *depositum*. Ihnen stimmen auch *Ant.* Schulting in Iurispr. Antej. p. 286. und Westphal im Pfandrecht §. 63. Not. 85. und im System der Lehre von den einzelnen Vermächtniß-Arten §. 521. bey, jedoch glaubte er, daß man die Worte in usu creditoris auch ohne Abänderung erklären könne, weil die Redensart in usu mancipioque sehr gewöhnlich war. Es werde also dadurch ein Besitz angedeutet, wozu man durch eine Mancipation gekommen sey. *Jo. van de* Water Observ. iur. Rom. Lib. I. c. 10. hält die Worte *in usu* für einen Tribonianismus. Denn Papinian habe: *si non fiduciae* geschrieben. Allein mit Recht verwerfen diese Erklärungen *Io.* Iensius in Strictur. ad iuris Rom. Pand. pag. 281. sq. und *Io. Lud.* Conradi Reprehensor. in observation. super iure civ. diversor. libro sing. pag. 121. sqq. Hat der Testator Jemanden seinen Hausrath vermacht, und es befindet sich darunter fremd Silber, welches demselben zwar nur als ein Pfand eingehändiget, wovon ihm aber der Gebrauch verstattet war, so ist dasselbe ohne Zweifel unter dem Legat mit begriffen, nämlich in sofern, daß auch der Legatar den Gebrauch davon hat, bis das Pfand eingelöset wird. S. Pothier Pandect. Iustin. Tom. II. Tit. de legatis Nr. CCLXII. not. d. p. 325.

24) Paulus *Sent. Recept. Lib. II. Tit.* 13. §. 2. *L.* 1. *Cod. de pign. act.*

Bezahlte der Schuldner, so fiel das Pfand nicht ipso iure wieder an denselben zurück, sondern der Gläubiger war zur Remancipation verbunden, weßhalb dem Schuldner die *actio fiduciae directa* zustand, deren Formel war: *Aio te mihi fiduciam, quam tibi mancupavi, remancupare oportere, ut inter bonos bene agier oportet, et sine fraudatione*[25]). Hatte aber der Gläubiger wegen ausgebliebener Zahlung der Schuld das Pfand verkauft; so konnte der Schuldner mit jener Klage wenigstens den Ueberrest der Kaufsumme, welcher *hyperocha*[26]) genannt wird, fordern[27]). Dahingegen konnte auch der Gläubiger, wenn er des Pfandes wegen Kosten aufgewandt hatte, mit der *actio fiduciae contraria* auf deren Ersatz klagen[28]). Es erhellet aus dem Allen, daß es unrichtig sey, wenn Cujaz[29]) behauptet, daß der contractus fiduciae allemal mit der Lex commissoria verbunden gewesen sey, nämlich daß bey ausbleibender Bezahlung der Schuld das Pfand an den Gläubiger verfallen wäre[30]); obwohl nicht zu läugnen ist, daß vor Constantin dem Großen die lex commissoria dem

25) S. Conradi de pacto fiduciae Exercit. II. §. 6.

26) *L.* 20. *D. Qui potior. in pignore.*

27) Paulus cit. loc. §. 1. Schulting c. l. pag. 283.

28) Paulus *Sent. Recept.* cit. loc. §. 7. Conradi Exercitat. II. cit. §. 7. et 8.

29) Ad Pauli *Sent. recept.* lib. II. Tit. 13. ad Rubricam.

30) Man sehe vielmehr *Iac.* Gothofredus Comm. ad L. un. Cod. Theodos. de commissoria rescindenda. Tom. I. p. 290. sqq. edit. *Ritter* und *Ant.* Schulting ad Pauli Sent. Recept. p. 282. auch Conradi Ex. I. de pacto fiduciae §. 20.

Pfandcontract gültig angehängt werden konnte[31]). Bey dem Pfandcontract, der ohne eine Mancipation oder eine in iure cessio geschlossen wurde, war alles ganz anders. Hier stand dem Gläubiger weder die rei vindicatio noch die actio publiciana zu[32]). Denn das Eigenthum blieb bey dem Schuldner, und der bloße Besitz ging auf den Gläubiger über[33]). Dieser simple Pfandcontract, der ohne die lex fiduciae geschlossen wurde, scheint nur bey den rebus nec mancipi üblich gewesen zu seyn[34]). Weil jedoch der contractus fiduciae mit manchen Schwierigkeiten verbunden war, indem auf diesem Wege nur römische Bürger ein wirksames Pfandrecht erlangen konnten, und bey der Handlung der Mancipation immer fünf mannbare Bürgen, als Zeugen, mit einem libripens zugegen seyn mußten, oder auch, wie bey der cessio in iure, die Gegenwart des Prätors erforderlich war; der dabey unter den Gegenwärtigen auszusprechenden feyerlichen Worte nicht zu gedenken; so waren dieß Gründe genug, welche den Prätor, zur Beförderung des gemeinen Verkehrs und Credits, veranlaßten, in seinem Edikt eine neue einfachere Art der Verpfändung einzuführen, welche ohne Tradition der Sache, und ohne alle Feyer-

31) *Cicero* Orat. *pro Flacco* Cap. 21.

32) *L.* 13. §. 1. *D. de public. in rem actione.* Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit *Publicianum iudicium:* namque *pigneratitiae* et precariae possessiones iustae sunt, *sed ex his non solet competere tale iudicium:* illa scilicet ratione, *quia neque creditor*, neque is, qui precario rogavit, *ex animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.*

33) *L.* 35. §. 1. *D. pignerat. act.*

34) Erxleben de iure pignorum §. 22.

lichkeiten durch einen bloßen, mündlich oder schriftlich ein-gegangenen Vertrag, geschehen konnte. Man nannte diese Art der Pfandbestellung zum Unterschied vom pignus traditum mit einem griechischen Namen, von *ὑποτιθέναι*, *hypotheca*. Ob die Sache eine res mancipi war, oder nicht, ob sie dem Schuldner ex iure Quiritium gehörte, oder sich nur in bonis desselben befand, war hierbey gleichgültig[35]). Der Prätor unterschied auch nicht zwischen Bürgern und Nichtbürgern[36]). Noch weniger kam es dabey auf gewisse Worte und Formeln an[37]). Die bloße Einwilligung der Paciscenten allein war zur Begründung eines Pfandrechts hinreichend. Die Hauptsache aber bestand darin, daß aus dem bloßen Vertrage, wodurch der Schuldner dem Gläubiger ein Pfandrecht auf seinem Vermögen bestellt hätte, ohne ihm jedoch das Pfand zu tradiren, eben sowohl gegen den Schuldner als gegen den dritten Besitzer sollte geklagt werden können[38]). Doneau[39]) hat die Worte des Edicts, nach Maaßgebung der Gesetze des Titels de pignoribus et hypothecis, auf folgende Art zusammen gesetzt: *Si pro eo, quod ei debebitur, res aliqua pignoris hypothecaeve nomine obligata esse dicetur ab eo,*

35) *L.* 15. §. 1. *D. de pignor. et hyp.* *L.* 6. *Cod. Si aliena res pignori data sit.*

36) S. *Ger.* Noodt Observation. Lib. II. cap. 8.

37) *L.* 4. *D. de pignor. et hypoth.* *L.* 23. §. 1. *D. eodem.*

38) *L.* 17. §. 2. *D. de pactis.* De pignore iure honorario nascitur pacto actio. S. Noodt cit. loc. pag. 326. *L.* 17. *D. de pignorib. et hyp.* Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori.

39) Tr. de pignorib. et hypothecis. Cap. I.

cuius in bonis ea res est, aut alioqui, cui de ea re constituendi ius est: ei heredive eius, quoad pecunia solvetur, aut eo nomine illi satisfactum erit, in eum, qui eam rem possidebit, tenebitve, aut dolo malo fecerit, quominus possideret, actionem dabo, ut si ea res arbitrio iudicis non restituetur, quanti ea res erit, condemnatio sequatur. Diese dingliche Klage wird die hypothekarische Klage genannt, und findet in jedem Falle Statt, dem Gläubiger mag eine Sache zum Pfand gegeben worden seyn, die er aber zufällig aus seinem Besitz wieder verloren hat, oder eine Hypothek seyn construirt worden[40]). Ursprünglich hieß sie *actio Serviana.* Fast alle nennen hier den Prätor Servius Sulpicius, als den Erfinder[41]). Allein auch davon abgesehen, daß die Klage alsdann *actio Sulpicia* hätte heißen müssen; so war auch Servius Sulpicius weder praetor urbanus, noch peregrinus, sondern praetor quaestionum[42]). Solche Prätoren hatten keine Jurisdiction[43]); wie auch schon Anton Schulting[44]) und Ev. Otto[45]) erinnert haben. Es muß

40) *L.* 28. *D. de pign. act.* *L.* 18. *Cod. de pignor.*

41) *Ant.* Augustinus de Nominib. propriis Pandectar. in Thes. iuris Rom. Otton. Tom. I. pag. 334. *Iac.* Curtius *Εἰκαστῶν.* Lib. III. cap. 39. Westphals Pfandrecht §. 262. Not. 293. S. 383. u. a. m.

42) Er hatte nämlich die quaestio peculatus. Cicero *pro Murena* cap. 20. S. *Ev.* Ottonis lib. sing. de vita, studiis, scriptis et honorib. Servii Sulpicii. *Traj. ad Rhen.* 1737. 8. Cap. X. §. 1.

43) Tacitus *Agric. cap.* 6. *Ev.* Otto c. l. §. 2. pag. 145.

44) Thes. controversar. Decad. LXXVI. Th. 1.

45) Vita Servii Sulpicii Cap. X. §. 2.

also wohl irgend ein anderer Prätor aus der gens Servia der Erfinder jener Klage seyn[46]). Soviel ist jedoch gewiß, daß die actio Serviana nur dem Vermiether eines praedii rustici wegen der ihm für das Pachtgeld verpfändeten Sachen des colonus Statt hatte, wegen welcher die Worte des Edicts nach der Restitution des Gerhard Noodt[47]), so gelautet haben sollen: *Quae in fundum conductum a colono inducta, invecta, locator conventione eius, cuius in bonis sint, pro mercede sibi obligata esse dicet, de his illi, nisi arbitrio iudicis restituantur, adversus eum, qui possidebit, quanti res erit, iudicium dabo.* Erst in der Folge wurde sie erweitert, und auch jedem andern Pfandgläubiger ohne Unterschied gestattet, dem ein gültiges Pfandrecht, es sey durch den Pfandkontract, oder durch Hypothekverschreibung, bestellet worden. Nun erhielt sie den Namen der *actio hypothecaria*, oder *quasi Serviana*[48]). Nachdem nun die Gläubiger ihres Pfandrechts

46) Velleius Paterculus Lib. II. cap. 15. gedenkt eines Prätors Servius.

47) Commentar. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. *Oper.* Tom. II. p. 432.

48) So lehrt uns Justinian §. 7. *I. de actionibus.* Idem *Serviana* et *quasi Serviana*, quae etiam *hypothecaria* vocatur, *ex ipsius Praetoris iurisdictione* substantiam capiunt. *Serviana* autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur. *Quasi Serviana* autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Anderer Meinung ist jedoch Herr von Löhr in Grolmans Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 3. Bandes 1. Heft. Nr. IV. S. 129. ff. wo von ihm einige Bemerkungen über die dinglichen Pfandklagen vorkommen. Er glaubt nämlich, daß schon früher eine auf das

wegen eine dingliche Klage hatten, fing der contractus fiduciae an seltner zu werden. Unrichtig ist es jedoch,

Civilrecht sich gründende Klage, *vindicatio utilis*, Statt gefunden habe, welche die Pfand- und Hypotheken-Gläubiger, so gut wie der Superficiar, der Emphyteuta und mehrere andere Nichteigenthümer gehabt hätten. Es werde dieses ganz ausdrücklich gesagt *L.* 16. *D. de Servitutibus.* Hier sage Julian: Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, *sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur.* Allein offenbar ist die *utilis petitio fundi*, welche hier dem Pfandgläubiget gegeben wird, keine andere, als die *actio quasi Serviana*, wie auch WESTPHAL de libertate et servitut. praedior. §. 976. not. 853. ganz richtig bemerkt hat. Doch nicht genug. Außer jener Klage soll der Faustpfandgläubiger auch noch die *actio pigneratitia*, wenn das Pfandrecht schon von Anfang gültig bestand, und sich die Sache im römischen Eigenthum des Schuldners befand, gehabt haben; in dem entgegengesetzten Falle aber habe die actio Serviana Statt gehabt, die sich zu der actio pigneratitia eben so, wie die Publiciana zu der rei vindicatio verhalten habe. Allein daß es außer der prätorischen Pfandklage noch eine andere dingliche Klage nach dem Civilrechte gegeben habe, davon schweigt das ganze römische Alterthum. Auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen ad §. 7. I. de action. sagt kein Wort davon. Die deshalb angeführten Gesetze sprechen freylich von einer actio *pigneratitia in rem;* allein es ist ja Jedermann bekannt, daß hierunter keine andere als die prätorische Pfandklage verstanden wird, man sehe die Note 9. dieses Paragraphen. Es wird ja auch diese actio pigneratitia *L.* 3. §. 3. *D. ad exhib.* deutlich genug *pigneratitia Serviana* genannt. Soviel ist indessen richtig, daß wenn ein bonae fidei possessor, dem der Prätor die Publicianische Klage gibt, ein Pfandrecht auf der Sache bestellet, dem Gläubiger die hypothekarische Klage auch nur unter eben der Einschränkung zusteht, wie dem Schuldner die actio Publiciana.

wenn Cujaz[49]) behauptet, er sey vom Kr. Constantin dem Großen *L. ult. Cod. de pactis pignor.* aufgehoben worden, denn dieses Gesetz verbietet nur die **Lex commissoria** bey Verpfändungen[50]). Noch in einer neuern Constitution der Kr. Arcadius und Honorius[51]) wird der **contractus fiduciae** bestätiget[52]). Er hörte also eigentlich erst auf, nachdem Justinian[53]) den Unterschied zwischen **res mancipi** und **nec mancipi** aufgehoben hatte[54]). Daher ist es gekommen, daß in dem ganzen **Corpus iuris** nirgends weiter eine Spur davon gefunden wird.

Der Pfandcontract ist nun I. ein Realcontract, der seine Perfection erst durch die Uebergabe der Sache erhält. Hat jedoch der Schuldner eine Sache zum Pfande zu geben versprochen, so ist dieselbe schon vor der Uebergabe als eine Hypothek anzusehen, weil zur Bestellung

Sie kommt ihm nämlich alsdann nur gegen einen solchen Besitzer des Pfandes zu, der ein schwächeres Recht an der Sache hat, als der Schuldner. *L.* 18. *D. de pignor. et hypoth.*

49) Ad Pauli *Sentent. Recept. Lib. II. Tit.* 13. ad Rubrum.

50) S. *Ant.* Schulting Iurisprud. Antejust. pag. 383. und *Iac.* Gothofredus in Comm. ad Leg. un. Cod. Theod. de lege commissor. rescind.

51) *L.* 9. *Cod. Theod. de infirmand. his, quae sub tyrann.*

52) *Sidonius Apollinar. Lib. IV. Ep.* 24. gedenkt auch des contractus fiduciae: als zu seiner Zeit noch gültig.

53) *L. un. Cod. de usucap. transform.*

54) S. Noodt Observation. Lib. II. cap. 8. und Conradi Exercit. II. de pacto fiduciae §. 17. et 18.

derselben der bloße Vertrag genügt[55]). Hieraus erklärt sich, wenn Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* sagt: **Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, et aes dederit, obligaverit aurum pignori? et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint**; und Anton Faber[56]) bemerkt hierbey ganz richtig: **Etsi traditione *pignus* proprie constituitur, non tamen ita accipi debet, *ut incipiat pignus a traditione*, quamvis inutilis traditio est, nisi praecesserit consensus de re obliganda; quo consensu praecedente inutilis quoque traditio est ad pignoris obligationem constituendam, *quae iam satis nudo consensu constituta est.*** Ist aber die Uebergabe erfolgt, oder der Gläubiger hat sonst den Besitz des Pfandes, sey es auch durch die hypothekarische Klage, erhalten, so ist von der Zeit an auch die *actio pigneratitia* begründet, welche dann dem Schuldner besonders in dem Falle zu Statten kommt, wenn der Gläubiger beym Verkaufe des Pfandes betrüglich verfahren, oder dafür mehr gelößt hat, als die Schuld beträgt[57]). Der Pfandcontract ist II. ein bona fidei Contract, welcher mehr nach der Billigkeit, und der vermuthlichen Intention der Partheyen, als nach einer formularischen Strenge des Rechts zu beurtheilen ist. Es wird III. zu dessen Gültigkeit kein schriftli-

55) S. Bachovius de pignorib. et hypoth. Lib. V. cap. 18.

56) Rational. in Pand. ad L. 1. §. 1. D. h. t.

57) *L.* 34. *D. de damno infect.* *L.* 11. §. 5. *D. de pign. act.* *Ant.* Schulting Thes. controvers. Decad. L. Th. 4. und Bachov c. l. pag. 450. sq.

cher Auffatz erfordert[58]), sondern die bloße Uebereinkunft der Partheyen, das bloße mündliche Versprechen, und die Vollziehung desselben durch die Uebergabe des Pfandes ist zur Perfection desselben hinreichend. Die Scriptur pflegt nur um des Beweises willen hinzuzukommen[59]). Es schadet daher auch der Gültigkeit des Contracts nichts, wenn gleich der Aufsatz fehlerhaft seyn sollte[60]), es wäre denn, daß die Gültigkeit des Contracts davon wäre abhängig gemacht worden[61]). IV. Betrug, Zwang und Irrthum haben auch hier dieselbe Wirkung, wie bey andern Verträgen. Jedoch ist hier wohl zu bemerken, daß wenn der Pfandcontract des Zwanges wegen für ungültig gehalten werden soll, der Schuldner wider seinen Willen müße genöthiget worden seyn, Geld, was er doch weder brauchte, noch verlangte, gegen das ihm abgezwungene Pfand anzunehmen. Hätte der Schuldner das Geld verlangt, der Gläubiger ihm aber solches nicht anders borgen wollen, als gegen Pfandgebung, und der Schuldner, weil er in Noth war, und das Geld brauchte, hierdurch sich gedrungen gesehen, dem Gläubiger, obgleich ungern, ein Pfand zu geben; so kann sich der Schuldner unter diesen Umständen über keinen widerrechtlichen Zwang beschweren. Denn man kann es keinem Gläubiger verdenken, wenn er sein Geld nicht ohne Sicherheit wegleihen will. Dieß ist der Sinn

58) *L.* 12. *Cod. de pignor. et hypoth.*

59) *L.* 4. *D. de pignor.*

60) *L.* 34. §. 1. *D. eodem.*

61) BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. I. cap. 3. nr. 2. ERXLEBEN Princip. de iure pignor. §. 42.

der *L*. 4. *Cod. de pignor.* wo es heißt: **Cum de pecuniam accepisse, et agros tuos obligasse fatearis, non habes rationem, quod quereris, vi te coactum pignori dare. Si igitur recipere vis rem tuam, solve creditori tuo pecuniam debitam.** In einem solchen Falle nun, wo der Pfandcontract wegen Mangels der Einwilligung nichtig ist, gibt er nicht einmal ein Retentionsrecht, wenn auch der Fiskus an des Gläubigers Stelle treten sollte. *L*. 25. *D. de pignor.* **Cum vitiose et inutiliter contractus pignoris intercedat, *retentioni locus non est:* nec si bona creditoris ad fiscum pertineant.** V. Der Pfandcontract kann zwar eben sowohl unter Abwesenden, als unter Gegenwärtigen geschlossen werden. *L*. 23. §. 1. *D. eodem.* sagt ausdrücklich: **Pignoris obligatio etiam inter absentes recte contrahitur.** Ob er aber auch durch einen Bevollmächtigten dergestalt geschlossen werden könne, daß der Prinzipal daraus alle Rechte und Verbindlichkeiten eben sowohl erhält, als wenn er selbst contrahirt hätte, war vor Justinian vielem Zweifel unterworfen, wie aus *L*. 11. §. 6. *D. de pignor. actione* erhellet, wo es heißt: **Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo ut ne *per procuratorem* plerumque vel tutorem acquiratur: et ideo ipsi actione pigneratitia convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ac Imperatore nostro** [62]**), posse per liberam personam possessionem acquiri. Nam hoc eo pertinet, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem apprehendere, ipsam**

62) Es wird hier die Verordnung des Kaisers Severus *L*. 2. *Cod. de acquir. possess.* gemeint.

autem obligationem libera persona nobis *non semper*[63]) acquiret. Es lag hier die Regel des ältern Rechts zum Grunde, daß Niemand durch eine freye Person Rechte erwerben, noch zu Etwas verbindlich gemacht werden könne. Da jedoch durch das neuere Recht diese Regel auf mancherley Art modificirt worden ist, wie schon an einem andern Ort[64]) gezeigt worden; so ist auch nach einer neuern Verordnung des Kaisers Justinian insonderheit in Ansehung des Pfandcontracts aller Zweifel gehoben, und es kann nun dieser Contract durch einen Bevollmächtigten mit eben der Wirkung, als in eigener Person, geschlossen werden. Si enim, sagt Justinian *L. 2. Cod. Per quas personas nobis obligat, acquirit.* procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem; quare, quemadmodum in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem, sive pignoris vinculum vel retentionem sibi acquisitam? Schon vor Justinian war beym Darlehn Rechtens, daß wenn Jemand auf eines andern Namen Geld ausliehe, es mochte dieß nun sein, des Ausleihers, Geld, oder Geld des Andern seyn auf dessen Namen dasselbe ausgeliehen wurde; Letzterer aus solchem Contract gegen den Schuld-

63) Die Worte *non semper*, so wie das in den Anfangsworten vorkommende *plerumque* wird für einen Zusatz des Tribonians gehalten. S. CUJACIUS in Not. ad §. 5. I. Per quas person. cuique acquirit. Allein man sehe dagegen über diese Stelle Westphals Pfandrecht §. 56. Not. 77.

64) S. den 4. Theil dieses Commentars §. 343.

ner klagen konnte, ohne daß er von dem Ausleiher erst eine Cession zu erhalten nöthig gehabt hätte [65]). Dennoch konnte der Ausleiher keinen Pfandcontract zum Nutzen des Andern schließen, für den er das Geld ausgeliehen hatte. Hierzu fand Justinian keinen hinreichenden Grund. Daher hob er die Spitzfindigkeit des ältern Rechts auf. **VI.** Der Pfandcontract verpflichtet den Gläubiger, die zum Unterpfande erhaltene Sache nach getilgter Schuld dem Verpfänder unweigerlich zurückzugeben [66]).

§. 863.

Welche Sachen können ein Gegenstand des Pfandcontracts seyn?

Zum Unterpfande können alle Sachen gegeben werden, wenn sie nur dem Gläubiger Sicherheit zu gewähren im Stande sind. Da nun die Sicherheit des Gläubigers hauptsächlich darin besteht, daß er, im Falle der unterbleibenden Bezahlung der Schuld, das Pfand zu seiner Befriedigung zu veräußern befugt ist; so ergibt sich daraus die allgemeine Regel, welche uns Cajus gibt, wenn er *L.* 9. §. 1. *D. de pignoribus* sagt: **Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest** [67]). Auf die Art der Sachen kommt es nicht an.

65) *L.* 9. §. 8. *D. de reb. cred.*

66) *L.* 1. §. 6. *D. de obligat. et action.*

67) Diese Stelle steht eigentlich in den Pandecten nicht an ihrem rechten Orte. Denn Cajus handelte *Libro* 9. *ad Edictum provinciale*, woraus dieselbe, wie die Ueberschrift lehrt, genommen ist, von der actio pigneratitia, welche aus dem Pfandcontract entspringt, wie aus *L.* 10. und *L.* 12.

Es können daher sowohl bewegliche, als unbewegliche, körperliche und unkörperliche Sachen zum Pfande gegeben werden. Zu den unkörperlichen Sachen, welche ein Gegenstand der Verpfändung seyn können, gehören z. B. Obligationen und Schuldforderungen (cautiones, nomina). Der Pfandinhaber kann hier, wenn ihn der Verpfänder nicht befriediget, actione utili gegen den Schuldner, auf dem die verpfändete Activpost haftet, auf die Bezahlung der Schuld klagen [68]). Das erhobene Geld rechnet dann der Gläubiger

D. de pignor. act. erhellet. Sie hätte also unter den Titel de pigneratitia actione gesetzt, und nicht dem Titel de pignoribus et hypothecis einverleibt werden sollen, wie auch *Ger.* Noodt Observation. Lib. I. cap. 7. ganz richtig bemerkt hat. Es ist daher ein großer Unterschied, wenn man fragt, welche Sachen ein Gegenstand des Pfandcontracts seyn, und welche gültig verhypothecirt werden können. Denn da der Pfandcontract blos persönliche Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringt, so können auch fremde Sachen eben so gut zu einem handhabenden Pfande gegeben werden, als sie ein Gegenstand des Kaufcontracts seyn können. *L.* 9. §. 4. *D. de pign. act.* verglichen mit *L.* 28. *D. de contrah. emt.* Dahingegen ist die auf fremden Gütern bestellte Hypothek ganz ungültig, indem daraus keine Pfandklage gegen den dritten Besitzer entsteht, als welche jederzeit voraussetzt, daß die Sache des Verpfänders Eigenthum sey. *L.* 6. *Cod. Si aliena res pignori data sit.* Man sehe auch Westphals Pfandrecht §. 106. Not. 123. und *Pet.* Fabri Semestrium. Lib. II. cap. 17.

68) *L.* 7. *Cod. de heredit. vel act. vend.* Postquam eo decursum est, *ut cautiones quoque debitorum pignori dentur:* ordinarium visum est, post nominis venditionem *utiles* emtori, sicut responsum est, vel *ipsi creditori po-*

auf seine Forderung ab. Besteht aber die Schuld in andern Sachen, welche der Beklagte dem Verpfänder zu geben hatte, so behält er dieselben als Pfand [69]). Es muß nur aber dem dritten Schuldner von der geschehenen Verpfändung Nachricht gegeben werden, weil sonst derselbe die Schuld an seinen Gläubiger bezahlen, und dadurch das einem Andern daran gegebene Pfandrecht vernichten könnte [70]). Auch Servituten können als ein Pfand eingegeben werden, und zwar nicht nur persönliche, z. B. der Nießbrauch, so daß der Gläubiger die Früchte genießen soll, bis die Schuld

stulanti dandas actiones. Da der Käufer einer Schuldforderung ohne Zweifel diejenige Klage utiliter erheben kann, welche der Verkäufer der Forderung ursprünglich gegen den Schuldner anstellen konnte, so ist auch wohl die Klage des Pfandgläubigers keine andere. S. Westphals Pfandrecht §. 141. Not. 165.

69) *L.* 18. *pr. D. de pigner. act.* Si convenerit, *ut nomen debitoris mei tibi pignori sit*, tuenda est a Praetore haec conventio: ut et te in exigende pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tucatur. Ergo, si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis. Si vero corporis alicuius, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

70) *L.* 4. *Cod. Quae res pignori.* Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, iam pridem placuit. *Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur:* quatenus tamen ipse debet. S. *Fratrum* BECMANNORUM Consil. et Decision P. II. Decis. 68. nr. 7. sqq.

hierdurch getilgt ist[71]); sondern auch dingliche Servituten. Zwar sind Servitutes urbanae auf keinen Fall dazu geeigenschaftet[72]). Allein eine Servitus rustica kann dem Gläubiger als Pfand auf einem Grundstück seines Schuldners mit der Wirkung eingeräumt werden, daß er solche, wenn er ein benachbartes Grundstück hat, zum Nutzen desselben bis zur erfolgten Bezahlung der Schuld ausüben, und wenn er nicht befriediget wird, an einen andern Nachbar verkaufen kann[73]). Hier wird also die Servitut erst pfandweise bestellt. Dingliche Dienstbarkeiten hingegen, welche

71) *L.* 11. §. 2. *L.* 15. *pr. D. de pignor. et hypoth. L.* 8. *D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvit.* Der Usus kann zwar nicht verpfändet werden. Denn in der *L. ult. D. de Usuris et fruct.* wird die Verpfändung der Sache blos zum fructus rei gerechnet. S. *Ant.* FABRI Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 8. In Ansehung der Habitation hingegen waltet kein Zweifel ob. S. *Casp. Achat.* BECK Diss. de oppignoratione servitutum. *Ienae* 1729. §. 18. Ueberall ist jedoch eigentlich nur der Genuß, nicht das Recht selbst dasjenige, was den Gegenstand der Verpfändung ausmacht, wie *Greg.* MAJANSIUS in Disputationib. iuris civ. Tom. I. Disput. 4. §. 24. sqq. p. 84. sqq. sehr ausführlich gezeigt hat.

72) *L.* 11. §. 3. *D. de pignorib.* Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt. Igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

73) *L.* 12. *D. de pignor. et hypoth.* Sed an viae, itineris, actus, aquae ductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse *Pomponius* ait, ut talis pactio fiat, *ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur; scilicet si vicinum fundum habeat: et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat.* Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. Daß diese Stelle von einer solchen Servitut redet, welche der Eigenthümer

schon auf einem Grundstück activ haften, können ohne das Grundstück nicht verpfändet werden, weil sie sich davon nicht trennen lassen[74]). Wird jedoch das Gut verpfändet, dem sie zustehen, so sind sie stillschweigend unter dieser Verpfändung mit begriffen[75]). Daß auch fremde Sachen ein Gegenstand des Pfandcontracts seyn können, leidet keinen Zweifel[76]). Zwar ist die Verpfändung in Ansehung des Eigenthümers der Sache ungültig, wenn er nicht ausdrücklich oder stillschweigend eingewilliget hat. Dieser kann seine Sache vindiciren[77]), es wäre denn, daß er um die Verpfändung von Anfang gewußt, und,

seinem Gläubiger pfandweise constituirt, wird auch durch die *Basilica* Tom. IV. pag. 35. bestärkt, wo es bey Fabrot heißt: *Δυνατὸν δὲ συμφωνεῖν, ἔχειν μεκατὰ τοῦ ἀγρογείτονος ὁδόν στενὴν και πλατεῖαν, καὶ ὑδραγώγιον, ἕως οὗ τὸ χρέος καταβληθῇ μοι καὶ ἐὰν μὴ καταβληθη ἐμπροθεσμως; ἐξεῖναι μοι ταῦτα πιπρασκειν.* i. e. *Valet autem conventio, ut liceat mihi ire, agere, et aquam ducere per fundum vicini, donec pecunia mihi solvatur: et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas* (sc. servitutes) *mihi liceat.* S. VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 32. LYKLAMA Membranar. Lib. VII. Eccl. 45. CHARONDAS Verisimil. Lib. I. nr. 7. in Thes. *Otton.* Tom. I. pag. 698. Westphal §. 139. Not. 163.

74) S. *Ant.* FABRI Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 6. et 7.

75) *L.* 16. *D. de Servitut.*

76) Ernst Christ. Westphals rechtliche Abhandlung von Verpfändung fremder Güter. Halle 1779. 4. und *Christ. Gottl.* GMELIN Commentat. iuris civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. *Ulmae* 1778. 8.

77) *L.* 6. *Cod. Si aliena res pignori dat.*

um den Pfandgläubiger in Schaden zu bringen, sich aus Gefährde nicht gemeldet hätte[78]). Eben so wenig ist sie gegen den dritten Besitzer der Sache von Wirkung. Gegen diesen findet die hypothekarische Klage nicht Statt, weil der Gläubiger das Eigenthum des Schuldners beweisen muß[79]). Allein unter den Contrahenten ist die Verpfändung fremder Sachen gültig, und es entstehen daraus eben die Rechte und Verbindlichkeiten, welche aus der Verpfändung eigener Sachen entstehen, es muß nur der Gläubiger nicht gewußt haben, daß das Pfand einem Dritten gehöre, wenn er wegen der Entwährung eine Forderung an den Schuldner haben soll[80]). Der Gläubiger ist daher verbunden dem Schuldner, wenn dieser Zahlung leistet, das Pfand zurückzugeben, und es wird in dieser Hinsicht auch sogar dem Prädo die actio pigneratitia gestattet[81]). Der Schuldner hingegen haftet dem Gläubiger wegen der Entwährung[82]). Ich habe hierbey noch Folgendes zu bemerken.

78) *L.* 2. *Cod. eodem.*

79) *L.* 15. §. 1. *D. de pignor.* *L. fin.* §. 2. *Cod. Communia de legat.* et tot. Tit. Cod. *Si aliena res pign. data sit.* VIII. 16.

80) *L.* 16. §. 1. *D. h. t.* Sed si *sciens creditor accipiat*, vel alienum, vel obligatum, *contrarium* (sc. iudicium) *ei non competit.*

81) *L.* 9. §. 4. *D. de pign. act.* Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest *pigneratitia* experiri. — *L.* 22. §. 2. *D. eodem.* Si praedo rem pignori dederit: competit ei et de fructibus *pigneratitia actio.*

82) *L.* 16. §. 1. *D. h. t.* Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam — dedit, tenebitur; quamvis et stellionatus crimen committet.

I. Da die Verpfändung fremder Sachen wenigstens unter den Contrahenten gilt, so hat es keinen Zweifel, daß auch selbst die hypothekarische Klage gegen den Verpfänder Statt findet. Denn wollte er einwenden, er sey nicht Eigenthümer, so würde ihm die replicatio doli entgegengesetzt werden können[83]).

II. Wird derjenige, der eine fremde Sache verpfändet hat, in der Folge Eigenthümer, so kommt es darauf an, ob der Gläubiger gleich anfangs gewußt hat, daß die Sache einem Dritten gehöre, oder nicht. In dem letztern Falle convalescirt die Verpfändung, und dem Gläubiger wird der Billigkeit wegen die actio hypothecaria utilis gestattet. In dem ersten Falle hingegen kommt ihm nur

Sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat.

83) *L.* 21. §. 1. *D. de pignorib.* Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat, et pignoravit, teneat, *Servianae* locus est: et si adversus eum agat creditor, *doli replicatione* exceptionem elidet. Daß der Verpfänder die Sache bona fide gekauft hatte, war wohl hier ein ganz gleichgültiger Umstand, und die hypothekarische Klage würde daher eben sowohl auch in dem Falle gegründet seyn, da der Verpfänder die Sache mala fide gekauft hätte. Ulpian scheint also den Fall wohl nur darum gewählt zu haben, um damit anzudeuten, daß der Pfandgläubiger wenigstens immer in bona fide seyn müsse. Denn wußte der Gläubiger um die Beschaffenheit der Sache, so kann ihm die Verpfändung nichts helfen. Dolus nemini debet prodesse. S. Westphals Pfandrecht §. 270. Not. 300. S. 391. und Gmelin Commentat. de iure pignoris, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 14.

ein Retentionsrecht zu Statten, insofern er sich in dem Besitz des Pfandes befindet; allein auf die hypothekarische Klage kann er auf keine Weise Anspruch machen. Auf diese Art sind folgende Gesetzstellen zu vereinigen.

L. 41. *pr. D. h. t.* Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus eius rei esse coepisti: *datur utilis actio pigneratitia creditori.*

L. 5. *Cod. Si aliena res pignori dat.* Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est: sed tamen aequitatem facere, *ut facile utilis persecutio exemplo pigneratitiae detur.*

L. 1. *pr. D. de pignorib. et hypoth.* Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita: postea debitori dominio quaesito, *difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur; sed facilior erit possidenti retentio.*

In der letztern Gesetzstelle unterscheidet Papinian zwischen einem General- und Special-Unterpfande. Da ersteres sich auch auf das künftige Vermögen des Schuldners erstreckt, so schadet es der Gültigkeit der Verpfändung nicht, wenn auch der Schuldner erst nachher das Eigenthum einer dazu gehörigen Sache erworben hat[84].

84) *L. fin. Cod. quae res pignori.* Gmelin in Comm. cit. §. 50.

Wenn aber der Schuldner eine gewisse Sache, wovon er jetzt noch nicht Eigenthümer ist, ohne Einwilligung des Eigenthümers, zu einem besondern Unterpfand gibt, so ist eine solche Verpfändung von Anfang ungültig, wenn der Schuldner zur Zeit der Bestellung des Pfandrechts auch nicht einmal ein persönliches Recht hatte[85]), das Eigenthum durch Uebergabe zu erwerben. Erlangt nun auch in der Folge der Verpfänder das Eigenthum, so hilft dieses doch dem Gläubiger nichts, wenn er um die Beschaffenheit der Sache wußte. Dieß ist der Sinn der Worte: *difficilius dabitur utilis actio*, welche also nichts anders sagen wollen, als: es hat auch nicht einmal eine *actio hypothecaria utilis* Statt. Denn Papinian braucht eben so an andern Orten[86]) den Ausdruck *difficilius* in einem verneinenden Sinn. Diese Erklärung nehmen auch die meisten Ausleger[87]) an, und es

85) Hätte der Verpfänder ein solches Forderungsrecht in Ansehung der Sache gehabt, so wäre die Verpfändung gleich vom Anfange gültig gewesen. *L.* 3. §. 1. *D. Qui potiores in pignore.*

86) *L.* 8. *D. de dotis collat.* *L.* 95. §. 3. *D. de solut.* *L.* 24. *D. depositi.* S. Brissonius de Verbor. Signif. voc. *Difficilius* und *Ev.* Otto in Papiniano Cap. XV. §. 4. pag. 558. sqq.

87) *Iac.* Cujacius ad Africanum Tract. VIII. ad L. 9. §. 3. D. Qui pot. in pign. *Ant.* Faber Conjectur Lib. XX. cap. 17. *Hug.* Donellus de pignorib. et hypoth. cap. 7. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Decad. LXXIX. Th. 1. Bachov de pignorib. et hypoth. Lib. II. cap. 4. nr. 3. *Bern. Henr.* Reinoldus Varior. Cap. 33. in *Opuscul. iurid.* pag. 198. Gmelin cit. Commentat. §. 51. Westphal im Pfand-

erhellet hieraus zugleich, daß die beyden erstern Gesetzstellen nur von dem Falle zu verstehen sind, wo der Gläubiger die fremde Sache in gutem Glauben als eine eigene Sache des Schuldners zum Unterpfande annahm, wie auch der Grund der Billigkeit, worauf die Entscheidung derselben beruhet, hinlänglich zu erkennen gibt. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn Connanus[88]), Voet[89]), Westenberg[90]), dem Gläubiger ohne Unterschied, er mag gewußt haben, daß ihm eine fremde Sache verpfändet sey, oder nicht, eine actio hypothecaria utilis gestattet wissen wollen. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß in einem solchen Falle, wo der Schuldner in der Folge das Eigenthum des Pfandes erwirbt, das Pfand nicht erst von der Zeit der Erwerbung des Eigenthums an, sondern rückwärts als von Anfang an gültig angesehen, und daher die Rangordnung unter den verschiedenen Gläubigern, die vor der Erwerbung des Eigenthums ein Pfandrecht erhalten haben, durch die Zeit der Pfandbestellung bestimmt wird[91]). Es gilt dieß aber freylich nur in dem Falle, wenn der Nichteigenthümer selbst mehreren seiner Gläubiger ein Pfandrecht auf

recht §. 114. Hofacker Princip. iuris civ. R. P. Tit. II. §. 1172. u. a. m.

88) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 13. pag. 289.

89) Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 3. §. 4.

90) Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. XX. Tit. 3. §. 8. nr. 4.

91) *L.* 14. *D. Qui potiores in pignore. Si non dominus* duobus eandem rem diversis temporibus pigneravit, prior potior est. Anderer Meinung ist zwar *Ant.* Faber Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 10. Allein man sehe Heinrich Ernst Ferd. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. Tübingen 1802. 8. §. 54. f.

der fremden Sache vor der Erwerbung des Eigenthums bestellt hat. Denn hätte der wahre Eigenthümer nach der geschehenen Verpfändung des Nichteigenthümers, ehe dieser das Eigenthum erwarb, ein Pfandrecht auf der Sache gegeben, so würde das Pfandrecht des ersten Gläubigers zum Nachtheil des letztern nicht zurückwirken können[92]).

III. Wird der Eigenthümer, ohne dessen Einwilligung die Verpfändung seiner Sache geschehen war, Erbe des Verpfänders, so erhält zwar dadurch die geschehene Verpfändung direct keine Gültigkeit; sondern der Gläubiger kann in diesem Falle nur eigentlich von dem Erben eine Bestätigung derselben, oder die Bestellung einer andern Hypothek durch die actio pigneratitia contraria verlangen[93]). Allein es fragt sich, ob dem Gläubiger nicht der Billigkeit wegen wenigstens die actio hypothecaria utilis zu gestatten sey? Diese Frage ist, wegen des sich hier findenden Widerspruchs zweyer Stellen in den Pandecten, sehr schwierig. Nach der *L. 22. D. de pignoribus et hypoth.* ist sie zu bejahen. Modestin sagt nämlich daselbst: **Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex post pignus directo quidem non convalescit, *sed utilis pigneratitia dabitur creditori*.** Allein gerade das Gegentheil lehrt Paulus *L. 41. D. de pigneratitia actione*, wo die Worte so lauten: **Rem alienam pignori dedisti; deinde dominus rei eius esse coepisti: datur *utilis actio pigneratitia* creditori. Non et idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero:**

92) Gmelin Comment. de iure pignoris etc. §. 53. et 54.

93) S. Westphals Pfandrecht §. 115.

hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur. Man hat mancherley Versuche gemacht, diesen Widerspruch zu heben, aber ohne glücklichen Erfolg. Viele[94]) glauben, es sey in beyden Stellen von ganz verschiedenen Fällen die Rede. Die *L.* 22. rede nämlich von dem Falle, da die Verpfändung ohne des Eigenthümers Wissen (ignorante me), die *L.* 41. aber von dem Falle, da die Verpfändung wider desselben Willen (sine mea voluntate) geschehen ist. Allein wenn gleich diese Erklärung die Auctorität der Basiliken[95]) für sich hat, so steht ihr doch

94) *Pet.* FABER Semestrium Lib. II. cap. 18. *Herm.* VULTEJUS Disceptat. Scholasticar. cap. 17. VOET Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 3. §. 5. HUBER Praelect. ad Pand. eod. Lib. et tit. §. 2. *van* IDSINGA Varior. iuris civ. cap. 16. et 17. *Io. van* NISPEN Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. Libris differentiarum supersunt. *Lugd.* 1750. Cap. VIII. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iuridic. select. in academ. Belgicis habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 67.) HEINECCIUS Elem. iuris civ. sec. ord Pandectar. Lib. XX. Tit. 3. §. 27. *Io. Gottfr.* SAMMET Quaestion. for. Nr. III. Lips. 1754. (in *Opuscul.* pag. 261. sqq.) HOFACKER Princip. iuris Rom. Germ. Tom. II. §. 1173. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 666. MALBLANK Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. P. II. Sect. II. §. 567. pag. 512.

95) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 1. wo die Worte: *sine mea voluntate* übersetzt sind *παρὰ γνώμην μου.* i. e. *contra voluntatem meam.*

der wichtige Grund entgegen, daß in solchen Fällen, wo die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts von der Einwilligung eines Dritten abhängt, es durchaus gleichgültig ist, ob der Dritte gar nichts davon weiß, oder ob dasselbe wider seinen Willen geschieht, weil es doch in beyden Fällen an der Einwilligung desselben fehlt[96]). Andere[97]) wollen daher vielmehr die *L.* 41. von der hypothekarischen Klage, die *L.* 22. hingegen von der *actio pigneratitia contraria* verstehen. Der Unterschied zwischen beyden Fällen leuchte jetzt in die Augen. Denn wenn der Eigenthümer des Verpfänders Erbe wird, so folge daraus noch gar nicht, daß dadurch die hypothekarische Klage begründet werde. Die Hypothek gehe das Grundstück an, und eine bloße Veränderung, die bey den Personen vorgeht, könne bey jener keine Veränderung hervorbringen. Allein das Recht, die Bestätigung der von dem Erblasser geschehenen Verpfändung oder eine andere Hypothek zu fordern, stehe dem Gläubiger unstreitig gegen die Erben zu. Denn Contracte gehen auf die Erben über. Der Pfandcontract verbinde also die Erben des Verpfänders eben so, wie den Erblasser. Auf solche Art, glaubt man, sey nun alle Schwierigkeit gehoben.

96) Man vergleiche nur z. B. *L.* 45. §. 5. *D. de ritu nupt.* Ferner §. 4. *I. Quod cum eo, qui in alter. potestate* mit *L.* 29. §. 1. *D. de peculio.*

97) Nach Accursius billigen diese Erklärung vorzüglich *Franc.* BALDUINUS de pignoribus cap. 12. *Hug.* DONELLUS de pignoribus cap. 7. *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 13. pag. 290. *Ger.* NOODT de forma emendandi doli mali cap. 12. *Abraham* WIELING Iurisprud. restituta Tom. II. pag. 240. GMELIN Commentat. de iure pignoris etc. §. 57. et 58. Westphal Pfandrecht §. 115. Not. 137. u. a. m.

Allein weit gefehlt. Daß Modestin *L.* 22. so gut von der actio hypothecaria utilis spricht, wie Paulus, der sie dem Gläubiger *L.* 41. geradezu versagt, lehrt schon der Titel, unter welchen das Gesetz gestellt ist. Der Ausdruck actio pigneratitia kann hier nichts dagegen beweisen. Denn daß die hypothekarische Klage in den Gesetzen mehrmalen actio pigneratitia genannt wird, ist bekannt. Hätte Modestin blos die actio pigneratitia contraria gemeint, so war es ja nicht nöthig zu bemerken, daß das pignus direct nicht convalescire. Denn jene persönliche Klage hat Statt, wenn auch das Pfandrecht an sich ungültig ist[98]). Sodann aber ist auch nach dieser Ansicht nicht wohl zu begreifen, warum dem Gläubiger gegen den Erben des Verpfänders nur eine actio pigneratitia *utilis* gestattet wird, da doch gegen den Verpfänder selbst die actio pigneratitia contraria direct Statt findet[99]). Der Erbe tritt ja in alle Rechte seines Erblassers ein. Der Widerstreit beyder Gesetzstellen ist also wohl unverkennbar, und kann durch keine Interpretation gehoben werden, wie auch Cujaz[100]), Duaren[1]), Hotmann[2]), Charondas[3]), Russard[4]), Anton Faber[5]), Gi-

98) *L.* 9. *pr.* *L.* 16. §. 1. *L.* 32. *L.* 36. *D. de pigner. act.* *L.* 6. *Cod. Si aliena res pign. data.*

99) S. *van* Nispen cit. Diss. Cap. 8. pag. 67.

100) Observation. Lib. XIX. cap. 26.

1) Disputation. anniversar. Lib. II. cap. 4.

2) Observation. Lib. V. cap. 18.

3) *Πειθανῶν*. Lib. I. cap. 20. (in *Thes. Otton.* Tom. I. p. 731.)

4) In edit. Corporis iuris ad has LL. in marg.

5) Conjecturar. iuris civ. Lib. XX. cap. 17.

phan[6]), Bachov[7]), Fornerius[8]), Schulting.[9]), Averanius[10]), Reinold[11]), Thibaut[12]) und mehrere andere mit Recht behaupten. Es fragt sich also nur, welcher von beyden Stellen bey dieser Antinomie der Vorzug gebühre? Auch hier sind wieder die Meinungen der angeführten Rechtsgelehrten getheilt. Cujaz, Duaren, Fornerius, Averanius und Reinold, sagen, es müsse hier blos das Zeitalter der beyden römischen Juristen entscheiden, wessen Meinung anzunehmen sey. Die billigere Meinung des Modestins verdiene daher unstreitig den Vorzug, weil dieser erst nach Paulus lebte. So wäre denn freylich das Räthsel auf einmal gelößt, wenn man die *L.* 41. von dem ältern strengen Recht, welches zu Paulus Zeiten galt, die *L.* 22. aber von dem neuern billigern Rechte versteht, welches zu den Zeiten des spätern Modestins, vielleicht durch seine Auctorität, war eingeführt worden. Man glaubt, sogar schon die Inscription der *L.* 22. gebe dieses Mittel der Auflösung an die Hand. Diese lehre, daß das gedachte Fragment aus Modestins *libro* 7. *Differentiarum* entlehnt sey. Modestin habe nämlich daselbst von der Verschiedenheit des Falles gehandelt, ob der Schuldner Erbe des Eigenthümers, oder

6) In Explanat. defficilior. LL. Cod. ad L. 2. et 5. Cod. Si aliena res pignori data sit. pag. 340.

7) De pignorib. Lib. II. cap. 4. nr. 8.

8) Antinomiae pignor. Cap. 12. (in CONRADI *Parerg.* p. 257.)

9) Thes. controvers. Decad. LXXIX. Th. 2.

10) Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 22. nr. 13. et 14.

11) Orat. de inscript. Legum §. 2. (in *Opusc.* p. 554.)

12) System des Pandectenrechts 2. Bd. §. 645. a. E.

der Eigenthümer Erbe des Schuldners geworden sey. In dem ersten Falle habe man schon zu Paulus Zeiten nicht mehr daran gezweifelt, daß die Verpfändung dadurch gültig geworden sey. Allein in dem letztern Falle habe damals die geschehene Verpfändung dadurch keine Gültigkeit erhalten. Jetzt aber, habe nun Modestin hinzugefügt, gestatte man auch in diesem Falle dem Gläubiger wenigstens eine **actio hypothecaria utilis.** Die zu Paulus Zeiten bestandene Differenz sey also zur Zeit des spätern Modestins aufgehoben worden. Allein hier wäre wohl erst noch die Frage zu erörtern, ob denn Modestin wirklich ein späterer Jurist, als Paulus sey? Letzterer war bekanntermaßen ein Zeitgenosse Ulpians, welche beyde unter Alexander Severus lebten. Daß Modestinus aber zu eben der Zeit gelebt habe, ist leicht zu beweisen. Gewöhnlich setzt man ihn zwar unter dem Kaiser Gordian, welcher ihm mit Recht das Lob eines *Iurisconsultus non contemnendae auctoritatis* beylegt[13]). Allein Modestin war schon weit früher bekannt. Denn Lampridius[14]) zählt ihn mit unter die Räthe des Kaisers Alexander Severus; und Julius Capitolinus[15]) erzählt, daß er den Sohn seines Nachfolgers, des Kaisers Maximinus unterrichtet habe. Ja Ulpian, der noch sein Lehrer war, nennt ihn bey Gelegenheit eines Rechtsfalles, wo Modestin ihn consulirt hatte, ausdrücklich, wenn er *L.* 52. *D. de furtis* sagt: quod et *Herennio Modestino*, studioso meo, de Dalmatia consulenti, rescripsi. Guido

13) *L.* 5. *Cod. ad exhibendum.*

14) In *Alexandro Severo cap. ult.*

15) In *Maximin. iunior.* cap. 1.

Panziroli[16]), bemerkt hierbey, Modestin wäre damals Praeses Dalmatiae gewesen. Dagegen hat nun zwar Everhard Otto[17]) Verschiedenes erinnert; allein Johann van Rispen[18]) hat aus einer alten Inscription bey Fabrett[19]) die Richtigkeit jener Bemerkung außer Zweifel gesetzt. Daß er eine Art von Gouverneur gewesen seyn müsse, erhellet schon daraus, weil mehrere Verordnungen der Kaiser Alexander und Gordian an ihn gerichtet sind[20]). Aus diesen Gründen kann also wohl hier das Zeitalter nichts entscheiden. Andere z. B. Anton Faber, Bachov u. s. w. wollen daher vielmehr darauf gesehen wissen, welche von beyden Meinungen der Rechtsanalogie am meisten entspreche, und geben in dieser Hinsicht dem Ausspruche des Paulus, daß keine hypothekarische Klage, auch nicht einmal eine actio utilis, in dem bemerkten Falle Statt finde, den Vorzug, und diese Meinung unterschreibe ich ohne Bedenken. Es ist freylich wahr, wenn der Eigenthümer des Verpfänders Erbe wird, so tritt er auch in dessen Schuldverbindlichkeit ein. Es scheint also der Billigkeit gemäß zu seyn, daß wenn er die Schuld nicht bezahlt, er gegen sich die hypothekarische Klage müsse gelten lassen. So dachte vermuthlich Modestin. Allein Paulus läugnet mit Recht die aus diesem Grunde abgeleitete Schlußfolge. Denn es ist, sagt er, zur Begrün-

16) De claris Legum Interpretibus Lib. I. cap. 2. pag. 15.

17) Praefat. Tomi I. Thesauri iuris Romani pag. 22.

18) Diss. cit. ad Fragmenta Herennii Modestini. Cap. I. pag. 6.

19) Inscription. pag. 278.

20) *L. 11. Cod. Ex quib. causis infam. irrogat. L. 1. Cod. Si certum petatur. L. ult. Cod. Si ex falsis instrum.*

dung einer actio hypothecaria utilis noch nicht genug, daß derjenige Eigenthümer des Pfandes sey, der das darauf stehende Geld zu bezahlen schuldig ist. Es ist vielmehr ein großer Unterschied, ob der Schuldner und jetzige Eigenthümer die nämliche Person ist, welche die Verpfändung unternommen hat, oder ob es zwey verschiedene Personen sind. Denn wird derjenige belangt, der das Pfand selbst bestellet hat, und er setzt dem Kläger die Einrede entgegen, die Sache sey zur Zeit der geschehenen Verpfändung nicht sein Eigenthum gewesen, er habe sie daher auch nicht verpfänden können; so kann ihm der Kläger repliciren, daß ihm diese Einrede darum nicht zu Statten kommen könne, weil er sich ja dadurch selbst einer Lüge bezüchtige, indem er die Sache als die seinige verpfändet habe. Er kann also der Klage auf keine Weise ausweichen. **Nemo de suo mendacio excipere potest; et nemini sua fraus opitulari debet.** Diese Replik kann hingegen dem Eigenthümer nicht entgegengesetzt werden, welcher die Sache nicht verpfändet hat, sondern blos Erbe des Schuldners geworden ist, der die Sache ohne desselben Einwilligung verpfändet hat. Es findet daher gegen ihn auch nicht einmal eine **actio utilis** Statt. Dieß ist unstreitig der wahre Sinn der von vielen mißverstandenen letztern Worte der *L. 41. D. de pign. act. Sed si convenisset de pignore* etc. wie sie auch Pothier[21]) ganz richtig erklärt hat. Daß der billiger denkende Modestin von der nämlichen **actio hypothecaria utilis** redet, welche Paulus dem Gläubiger geradezu abspricht, und nicht, wie viele glauben, von der **actio pigneratitia contraria**, erhellet auch noch in-

21) **Pandectae Iustinian. Tom. I. Lib. XX. Tit. 1. Nr. XX. not. d.**

sonderheit daraus, weil diese Klage einen Pfandcontract voraussetzt, welcher sich ohne Uebergabe der Sache nicht denken läßt. Allein in dem Falle, wovon die *L.* 22. spricht, war keine Sache zum Pfande gegeben, sondern durch bloßen Vertrag verpfändet, wie die Worte: *pignori obligaverit* nicht undeutlich zu erkennen geben[22]).

§. 864.

Der Pfandcontract ist ein accessorischer Contract.

Der Pfandcontract setzt jederzeit das Daseyn einer Hauptschuld voraus, zu dessen Sicherheit er gereichen soll. Er ist daher nichtig, wenn nie eine gültige Schuld vorhanden war[23]), und erlischt, wenn die vorhanden gewesene Schuld getilgt ist[24]). Daß die Hauptverbindlichkeit vollkommen wirksam und klagbar seyn müsse, wird zur Gültigkeit desselben nicht erfordert; es kann auch wegen einer blos natürlichen Verbindlichkeit eine gültige Verpfändung Statt finden[25]). Folgende Gesetzstellen lassen uns hieran nicht zweifeln. *L.* 5. *pr. D. de pignoribus:* Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, — vel pro civili, vel honoraria, *vel tantum naturali. L.* 14. §. 1. *D. eodem.* Ex quibus casibus *naturalis obligatio* consistit, pignus perseverare con-

22) S. Pothier c. loc. not. e.

23) *L.* 11. §. 2. *et* 3. *in fin. D. h. t. L.* 2. *D. Quae res pignori vel hypoth. datae. L.* 1. *et* 2. *Cod Si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.*

24) *L.* 9. §. 3, 4. *et* 5. *L.* 11. §. 1. *et* 5. *D. h. t.*

25) Man vergl. hier vorzüglich Webers systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 103. ff.

stitit; und *L.* 101. §. 1. *D. de solutionib.* PAULUS respondit, — cum creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre, etiam in eam quantitatem, *quae natura tantum debebatur.* Es muß nur freylich die natürliche Verbindlichkeit nicht durch die bürgerlichen Gesetze völlig vernichtet und reprobirt worden seyn. Denn ist die Hauptverbindlichkeit für durchaus ungültig erklärt, oder das Geschäft schlechthin verboten, zu dessen Bestärkung die Verpfändung geschehen ist, so ist auch das Pfandrecht, als ein blos accessorisches Recht, in der Regel ungültig. Daß dem vermeinten Gläubiger deshalb nie die hypothekarische Klage zustehen könne, versteht sich wohl von selbst[26]). Allein es fragt sich, ob nicht der Gläubiger das ihm übergebene Pfand herausgeben müsse? Es kommt hier darauf an, ob die Zurückforderung des Bezahlten wegen der Hauptschuld Statt hat, oder nicht. In dem ersten Falle kann sich der Gläubiger der Zurückgabe des erhaltenen Pfandes nicht entgegensetzen, weil ihm dieses zum Zweck einer Zahlung gegeben worden ist, welche er den Rechten nach nicht behalten darf[27]). Dieß ist der Fall bey solchen Verpfändungen, welche wegen einer verbotenen Spielschuld[28]), ingleichen von einem gerichtlich erklärten Verschwender[29]), oder von einem Pupillen ohne Auctorität seines Vormunds[30]), oder von einer Frauens-

26) Arg. *L.* 127. *D. de Verb. obligat.*

27) *L.* 3. §. 3. *D. de condict. sine causa.*

28) *L.* 3. *Cod. de aleator.*

29) *L.* 10. *pr. D. de curat. furios. L.* 6. *D. de verbor. obligat. L.* 40. *D. de div. reg. iuris.*

30) *L.* 1. *pr. D. de pignorib. L.* 1. §. *ult. D. de reb. eor. qui sub tutela vel cura sunt.*

person zur Bestärkung einer übernommenen Bürgschaft geschehen sind [31]). In dem letztern Falle hingegen kann demjenigen, welcher das Pfand dem Gläubiger wissentlich übergeben hat, die Zurückforderung desselben nicht gestattet werden. Dieß ist der Fall, wenn beyde Theile der Gläubiger und Schuldner sich pari turpitudine befinden, und die Regel: *possessoris melior est conditio*, eintritt [32]). Ist nicht das ganze Versprechen, wofür die

31) *L.* 32. §. 1. *D. ad SCtum Vellejan.* *L.* 5. *et* 7. *Cod. de pignorib.*

32) *L.* 2. *Cod. de condict. ob turpem. causam.* *L.* 3. *et* 8. *D. eodem.* S. den 13. Theil dieses Commentars §. 825. S. 54. ff. besonders aber Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 105. Anderer Meinung sind zwar *Guil.* Fornerius in Antinom. pignorum §. 13. (in Conradi Parerg. pag. 258.) und Thibaut im Syst. des P. R. 2. Theil. §. 636. Allein die *L.* 33. *D. de pignoribus* worauf sie sich berufen, gehört nicht hierher. Es ist daselbst blos von einem solchen Falle die Rede, wo das Pfand nicht dem Gläubiger, sondern dem adjecto solutionis gratia war gegeben worden. Einem solchen adjectus konnte zwar der Schuldner Zahlung leisten, und er wurde hierdurch ipso iure von seiner Verbindlichkeit frey. Denn der Gläubiger mußte nun mit der *actio mandati* gegen den adjectus, als seinen Bevollmächtigten klagen. §. 4. *I. de inutilib. stipulat.* Allein konnte der adjectus gleich die Zahlung annehmen, so konnte er doch, da er nicht der Gläubiger war, von dem Schuldner so wenig ein Pfand, als einen Bürgen annehmen. *L.* 33. *D. cit.* *L.* 23. *D. de fidejuss.* Daraus erklärt sich denn, warum zwar das ihm gegebene Pfand, nicht aber die ihm geschehene Zahlung zurückgefordert werden konnte. S. *Greg.* Majansii Diss. de adjecto solutionis gratia. (in ejus *Disputat. iur. civ.*

Verpfändung geschehen ist, sondern nur insofern ungültig, als es eine gewisse Summe überschreitet, wie z. B. im Falle eines verbotenen Zinswuchers, desgleichen einer nicht gerichtlich insinuirten Schenkung unter den Lebenden, welche die Summe von **500 Solidis** übersteigt; so ist die Verpfändung wenigstens für den gültigen Theil der Hauptschuld für zu Recht beständig allerdings zu halten, und daher nur insofern unwirksam, als die Forderung die gesetzliche Summe übersteigt, und daher selbst die natürliche Verbindlichkeit wegfällt [33]). Gestatten hingegen die Gesetze dem Gläubiger wegen der Hauptschuld nur keine Klage, ohne jedoch der natürlichen Verbindlichkeit die übrigen Wirkungen zu entziehen, wie z. B. in dem Falle, da der Gläubiger einem Filiusfamilias ohne Einwilligung seines Vaters baar Geld creditirt hat, und also der Forderung desselben das **Senatusconsultum Macedonianum** entgegen steht; so kann zwar dem Gläubiger auch wegen des Pfandes die hypothekarische Klage nicht zustehen, weil diese in der That auf dasjenige abzweckt, was die Gesetze dem Gläubiger nicht zugestehen wollen. Insofern jedoch der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann er sich nicht nur durch das Retentionsrecht helfen [34]), sondern er kann sich auch, wenn der Schuldner keine Zahlung leistet, durch Ver-

T. I. Disp. VIII.) VINNIUS in Comm. ad §. 4. I. de inutil. stipulat. n. 5. sqq. und **POTHIER Pandectae Iustinian. Tom. I. Lib. XX. Tit. I. Nr. XXI. not. f. et g.**

33) *L.* 29. *D. de usuris.* *L.* 27. *Cod. eodem.* *L.* 11. §. 3. *D. de pignor. act.* Weber a. a. O. §. 106.

34) *L.* 11. *Cod. de usuris.* *L.* 101. *D. de solut.* *L. un. Cod. Etiam ob chirographar. pecunium pignus.*

äußerung der Sache bezahlt machen[35]). Es finden also hier nur diejenigen Rechtsmittel Statt, welche dem Gläubiger wegen der Hauptschuld zustehen[36]). Uebrigens kann die Verpfändung für eine jede Art von gültiger Schuld geschehen, sie rühre aus einem erlaubten Geschäft, oder aus einem Delict her; es wird jedoch in dem letztern Falle vorausgesetzt, daß blos vom Ersatz des Schadens, oder von Bezahlung einer Geldstrafe die Rede sey[37]). Zuweilen kann aber auch bey solchen Vergehungen, die nicht zu den schweren peinlichen Verbrechen gehören, die Verhaftung des Angeschuldigten durch eine Bestellung solcher Pfänder abgewendet werden, deren Verlust für den Angeschuldigten empfindlicher, als das Unterwerfen unter die Strafe, seyn würde[38]). Daß auch für eine noch künftige oder bedingte Forderung Pfänder gegeben werden können, z. B. auf den Fall der Entwährung einer erkauften Sache, leidet keinen Zweifel. Marcian sagt dieses ausdrücklich *L. 5. pr. D. de pignorib. et hypoth.* **Res hypothecae dari posse, sciendum est, pro quacunque obligatione: — sive pura est obligatio, vel *in diem*, vel *sub conditione;* et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat: sed et *futurae obligationis nomine* dari possunt.** Die Hypothek kann indessen freylich der Gläubiger in diesem Falle nicht eher verfolgen, als wenn die Schuld

35) *L. 8. §. 5. D. h. t. L. 101. §. 1. D. de solut.*

36) S. Weber a. a. O. §. 107. und 108.

37) BACHOV de pignorib. et hypothec. Lib. II. cap. 1. nr. 5.

38) S. Grolmans Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 484. und Tittmans Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 4. Theil. §. 684.

zur Existenz kommt. Nur in dem Falle, da Gefahr eintritt, die Sicherheit zu verlieren, z. B. wenn der Schuldner sein Vermögen zu verschwenden anfängt, und dem Gläubiger daran liegt, wenigstens den Besitz des Pfandes einstweilen zu seiner Sicherheit zu erhalten, ist der Gläubiger befugt, auch ehe noch die Schuld selbst exigibel ist, seine Hypothek geltend zu machen[39]). Folgende Gesetze bestätigen dieses ganz deutlich. *L.* **13.** §. **5.** *D. eodem.* **Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est,** ***ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur.*** **Sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit.** *L.* **14.** *D. eodem.* **Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto,** ***dandam pignoris persecutionem: quia interest mea.***

So gewiß es nun aber ist, daß ohne das Daseyn einer Hauptschuld kein Pfandrecht Statt finden kann; eben so wenig ist zu läugnen, daß dasselbe, wenn es einmal gültig bestellt worden ist, fortdauernd bleibe, und daher sofern der Gläubiger im Besitz des Pfandes ist, geltend gemacht werden könne, gesetzt auch, daß die der Forderung wegen dem Gläubiger zustehende Personalklage durch Verjährung erloschen seyn sollte. Es sagt dieses nicht nur *L.* **2.** *Cod. de luitione pignor.* ganz deutlich, worin es heißt: **Intelligere debes, vincula pignoris durare,** ***personali actione submota;*** sondern es erhellet dieses auch schon da-

39) S. Westphals Pfandrecht §. 269. und Not. 299. desgleichen *Io. Frid.* Dann Commentat. de pignore debito futuro accedente. *Tübingae* 1790. 8.

raus, weil das Wesen des Pfandes weiter nichts voraussetzt, als das Daseyn einer Verbindlichkeit, welche an sich nicht aufhört, wenn sie auch mittelst gerichtlicher Klage nicht verfolgt werden kann[40]). **Submoveri enim potest actio,** sagt Averanius[41]) ganz richtig, **etiamsi non sit sublata principalis obligatio. — Perseverante autem naturali obligatione, perseverat et pignus, licet sublata sit civilis obligatio**[42]). **— Existimo tamen, laudatam *L. 2. Cod. de luit. pigner.* referendam esse ad praescriptionem actionis. Hoc enim casu proprie dicitur *actio submoveri***[43]). **Submota autem actione per lapsum temporis, durant vincula pignoris**[44]) **; quia per lapsum temporis non omnino extinguitur obligatio, cum tempus non sit modus finiendae obligationis**[45]). Nach dieser Erklärung steht also die *L. 2. cit.* mit der Analogie im vollkommenen Einklange, und es ist gar nicht nöthig, mit Doneau[46]) durch Einschiebung der Negation zur Verbesserung des Textes unsere Zuflucht zu nehmen *).

40) Weber a. a. O. §. 104.

41) Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 19. et 20.

42) *L.* 14. §. 1. *D. de pignorib.*

43) *L.* 21. *Cod. de eviction.*

44) *L.* 59. *pr. D. ad SCtum Trebell. L.* 30. §. 1. *D. ad Leg. Aquil. L.* 3. *iuncta. L.* 7. §. 1. *Cod. de praescript. trig. vel quadrag. annor.*

45) *L.* 44. §. 1. *D. de obligat. et action.* Man sehe auch Bachovius de pignorib. Lib. V. cap. 3.

46) Commentar. in Lib. VIII. Cod. Tit. 31. pag. 659.

*) Man sehe noch *Casp.* Schifordegher ad *Ant. Fabrum* Lib. III. Tr. VIII. Qu. 4. 5. et 6.

§. 865.

Verpfändung einer fruchttragenden Sache.

Der Pfandcontract gibt blos dem Gläubiger ein Recht das Pfand zu seiner Sicherheit zu besitzen, und, bey ausbleibender Bezahlung der Schuld, daraus durch Verkauf desselben seine Befriedigung zu suchen. Das Eigenthum der Sache geht also dadurch so wenig auf den Gläubiger über, als er dadurch ein Recht erhält, die Sache zu gebrauchen[47]). Der Besitz des Pfandgläubigers ist zwar ein wahrer juristischer Besitz, der ihm das Recht der Interdicte gibt[48]). Es ist aber doch nur ein natürlicher Besitz, der allen animus domini ausschließt, und auch kein Recht zur Usucapion gibt[49]). Daher sagt Aemilius Macer *L.* 15. §. 2. *D. Qui satisdare cogantur*, ausdrücklich: Creditor, qui pignus accepit, *possessor non*

47) Bey dem alten römischen contractus fiduciae war es freilich anders, wie oben gezeigt worden ist. Auch etwas Eigenthümliches bey dem alten deutschen Pfandcontract war es, daß der Gläubiger die Nutzung des Pfandes erhielt. Daß aber auch das Eigenthum der verpfändeten Sache auf ihn übergegangen sey, läßt sich nicht allgemein behaupten. S. *Ioach.* POTTGIESSER Comm. de indole et natura pignoris, quoad ius gentium, iura et consuetudines Germaniae. *Marburgi* 1722. 4. *Chr. Gottl.* RICCII Comm. de dominio pignoris germanici. *Gothae* 1747. 4. und *Io. Gottl. de* HACKEMANN Diss. de dominii translatione in pignore germanico. *Francofurti cis Viadrum* 1763.

48) *L.* 16. *D. de usurpat. et usucap. L.* 1. §. 9. *D. de vi.*

49) *L.* 3. §. 15. *D. ad exhib. L.* 13. *D. de usurpat. et usucap.* von Savigny Recht des Besitzes. §. 7. S. 46. ff. und §. 9. S. 108.

est, tametsi possessionem habeat. Ohne Zweifel soll hier das Wort *possessor* in der Verbindung, in welcher es hier gebraucht wird, nichts anders, als Eigenthümer heißen [50]). Gebraucht der Gläubiger ohne Wissen und Willen des Schuldners die ihm verpfändete Sache, so macht er sich eines Diebstahls schuldig [51]), und muß allen dadurch dem Schuldner zugefügten, selbst zufälligen, Schaden er=

50) Man sieht dieß aus *L.* 15. §. 1. *D. Qui satisdare cog.* wo Macer sagt: *Possessor* autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet. — Sed et, qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum pessidet, *possessor* intelligitur. Item, qui solam proprietatem habet, *possessor* intelligendus est. Eum vero, qui tantum usumfructum habet, possessorem non esse *Ulpianus* scripsit. S. v. Savigny im angef. Buche §. 7. S. 85. Nr. 3.

51) *L.* 54. *pr. D. de furtis.* Si pignore creditor utatur, furti tenetur. — §. 6. I. *de obligat. quae ex delicto nasc.* Sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur, — furtum committit. — Hierher kann auch *Art.* 170. der P. G. O. Carls V. gezogen werden, wo es heißt: Welcher mit eines Andern Gütern, die ihm in gutem Glauben zu behalten und zu verwahren gegeben seyn, williger und gefährlicher Weiß dem Gläubiger zu Schaden handelt, solche Missethat ist einem Diebstahl gleich zu strafen. Zwar erklärt man diese Stelle gewöhnlich von einem Depositar. Allein daß sie auch auf einen Pfandgläubiger, der mit dem ihm zur Sicherheit gegebenen Pfande unredlich umgeht, bezogen werden könne, hat Kress in Comm. ad h. Artic. pag. 615. gezeigt. Man sehe hier auch vorzüglich Lud. Fried. Griesingers Commentar über das würtembergische Landrecht. 1. Band. 2. Theil. 7. Tit. §. 125. S. 408. f.

setzen[52]). Wird daher dem Gläubiger eine fruchttragende Sache zum Unterpfand eingeräumt, so darf der Gläubiger die Früchte der Sache nicht als Nebengewinn ansehen, sondern er muß dieselben zuerst auf die Zinsen, sofern nämlich ein rechtlicher Grund derselben vorhanden ist, und nächstdem auf das Kapital abrechnen. Folgende Stellen sind hier besonders merkwürdig.

L. 1. *Cod. h. t.* Ex pignore percepti fructus *imputantur in debitum*: qui si sufficiunt ad totum debitum, solvitur actio, et redditur pignus. Si debitum excedunt, qui supererunt, redduntur; videlicet mota actione pigneratitia.

L. 2. *Cod. eodem.* Quod ex operis ancillae[53]), vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est: *debiti quantitatem relevabit.*

L. 3. *eodem.* Creditor, qui praedium pignori nexum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, *in rationem exonerandi debiti computare* necesse habet.

L. ult. Cod. eodem. Quominus fructuum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, *ac residuo debito soluto*, — pignora, quae in eadem

52) S. *Aug. Frid.* Schott Diss. de furto usus. *Lipsiae* 1775. §. 19. Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 268. Carl Klien Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. 1. Th. S. 177 ff. und *Fratr.* Becmannorum Consil. et Decision. Vol. I. Consil. 39. nr. 12.

53) Sklavendienste werden den Früchten gleichgeachtet. *L.* 3. *et* 4. *D. de operis servorum.*

causa durant, restituat debitori, nullo spatio longi temporis defenditur.

L. 1. *Cod. de distract. pignor.* Fundum pignori obligatum, *si creditor ex fructibus debitum consecutus est:* quum ipso iure pignus ab obligatione liberatum sit, distrahere minime potest.

L. 2. *Cod. de partu pignoris et omni causa.* Cum pignoris titulo mancipia vos obligasse pro mutua, quam accepistis, pecunia proponatis, horum mancipiorum operis, quas creditor accepit, vel quas percipore potuit, *in usuras* (*si promissae sunt*) *computatis,* et post *in sortem:* extenuato debito residuum offerentibus, vel si non accipiat, consignatum deponentibus, mancipia vobis Praeses provinciae restitui iubebit.

Cujaz[54]), dem mehrere[55]) hierin Beyfall geben, will zwar behaupten, der Gläubiger dürfe auch in dem Falle, da keine Zinsen versprochen worden, dennoch von den Früchten soviel behalten, als die gesetzlichen Zinsen

54) Observation. Lib. VIII. cap. 17.

55) *Ant.* FABER Error. Pragmaticor. Decad. IX.-Err. 5. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. VIII. cap. 23. *Lud.* VITALIS Lection. Variar. iuris civ. Lib. II. cap. 15. §. 5. sqq. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* T. II. pag. 678.) *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad L. 8. D. In quib. caus. pignus. pag. 735. sq. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. I. §. 23. *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 9. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pand. loca difficil. Exercit. XV. §. 11. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. LXXIX. Th. 9. Westphal Pfandrecht §. 67. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 653.

ausmachen würden. Man sagt, daß durch die Einräumung eines fruchttragenden Unterpfandes eine antichresis tacita, d. i. ein stillschweigender Vertrag geschlossen werde, vermöge welchem dem Gläubiger für den Gebrauch des Kapitals, statt der gesetzlichen Zinsen, ein Aequivalent an Früchten verwilliget worden sey. Allein nicht ohne Grund wird diese Meinung von Andern[56]) verworfen. Es kommt hier alles auf den richtigen Sinn der *L.* 8. *D. in quibus causis pignus tacite contrah.* an, worauf sich hauptsächlich Cujaz beruft. Hier sagt Paulus: Cum debitor *gratuita pecunia* utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere. Es ist wohl kaum noch bemerkenswerth, daß die Richtigkeit der Leseart der Emendation eines Franz Hotomans nicht bedarf, welcher bekanntermaßen: cum debitor *non* gratuita pecunia utatur, gelesen wissen will;

56) *Arn.* Vinnius Select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 7. *Reinh.* Bachovius de pignorib. et hypoth. Lib. I. cap. 14. *Claud.* Salmasius de modo usurarum cap. 14. pag. 622. *Franc.* Hotomannus Observation. Lib. I. cap. 4. *Greg.* Majansius Disputat. iuris civ. Tom. I. Disput. IV. §. 33. pag. 87. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. *Io. Henr. Christ.* Erxleben Princip. de iure pignorum §. 111. Christ. Fried. Tönne von Lüttichau vermischte jurist. mathemat. Abhandlungen (Altona 1769.) Nr. 1. Untersuchung der Lehre vom nutzbaren Unterpfand. S. 19. ff. Georg Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder und antichretischen Versatze. Giessen u. Darmstadt 1802. S. 232. ff. *Carl.* Hancker Diss. de vera indole et natura antichreseos. *Gissae.* 1783. §. 8. und *Io. Iac.* Kees Commentat. ad Legem VIII. Digestorum in quibus causis pignus vel hypoth. tacite contrahitur. *Lipsiae* 1811.

nachdem schon längst Johann Robert[57]), Gerhard Noodt[58]), Anton Faber[59]), und Siegm. Reinh. Jauch[60]) solche mit Recht verworfen haben, obwohl Salmasius[61]) und Conrad Wilh. Strecker[62]) ihr dennoch ihren Beyfall nicht versagen konnten. Alle bis jetzt bekannte Handschriften und Ausgaben widersprechen laut, und auch die Basiliken[63]) bestärken die gemeine Leseart. Es ist auch hier der Fall gar nicht, daß man genöthiget wäre, zu einer so verzweifelten Conjectur seine Zuflucht zu nehmen. Nöthiger ist es, zuvörderst auszumachen, was Paulus unter der *pecunia gratuita* verstanden wissen will. Cujaz erklärt sich darüber auf folgende Art: Utitur debitor mea pecunia *gratuito*, quia usuras ab eo pactus vel stipulatus non sum, cuius beneficii pensandi causa, dum mihi tradit agrum pignori, tacite id agere videtur, ut fructus percipiam, et usurarum vice retineam, quod fiet tamen intra modum quasi tacito consensu. Quodsi foeneratitia fuisset pecunia, fructus perceptos creditor foenori primum, deinde forti imputa-

57) Lection. receptar. Lib. I. cap. 14.

58) De foenore et usuris Lib. II. cap. 9.

59) De Errorib. Pragmaticar. Decad. IX. Err. 5.

60) De negationibus Pandectar. Florentin. Cap. XIV. 7.

61) De modo Usurarum. Cap. 14.

62) Diss. de pacto antichretico. *Erfordiae* 1726. §. 15.

63) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 3. Const. 8. pag. 50. *Ἐὰν ὁ χρεώστης ἄτοκον ἔχῃ τὸ χρέος, δύναται παρακρατεῖν ὁ δανειστὴς ἐκ τῶν καρπῶν μέχρι τοῦ νομίμου τόκου.* i. e. *Si debitor gratuitam habeat pecuniam, creditor de fructibus usuras usque ad legitimum modum retinere potest.*

ret[64]). *Gratuita pecunia* est non tantum, de qua convenit, ut gratuita esset, sed et de qua hoc non convenit; si modo et de usuris nihil convenerit. Weil man glaubt, daß es nur denn widersprechend seyn würde, wenn der Gläubiger von einem Kapital, welches der Schuldner, vermöge einer ausdrücklichen Uebereinkunft, ohne Verzinsung gebrauchen sollte, gleichwohl Früchte auf die Zinsen solle abrechnen dürfen; so wollen auch andere, z. B. Stryck[65]), Böhmer[66]), Engelbrecht[67]), Menken[68]), und unser Hellfeld, unter der *pecunia gratuita* einen solchen Geldvorschuß verstehen, wobey wegen der Zinsen nichts Ausdrückliches verabredet worden ist. Allein da sich auch hierdurch der Widerspruch noch nicht vollkommen heben läßt, so erklärt Ernst Alexander Pagenstecher[69]) die *pecunia gratuita* von einer pecunia commodata. Denn daß auch Geld der Gegenstand des Leihcontracts seyn könne, ist bekannt, z. B. wenn es blos zur Prahlerey geliehen wird[70]). Hat nun aber dennoch der Commodatar das Geld gegen die Absicht des Contracts gebraucht, und consumirt, so müsse er es dem Verleiher mit Zinsen erstatten. Denn der Leihcontract sey ein

64) *L.* 2. *Cod. de pactis. pignorum.*

65) Us. mod. Pand. h. t. §. 4.

66) Introduct. in ius Dig. h. t. §. 9.

67) Diss. de creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato. *Helmst.* 1724. §. 5.

68) Diss. Nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum. *Lipsiae* 1745. §. 2. in fin. (in *Opuscul.* pag. 236.).

69) Observation. legalium libr. sing. *Wetzlariae* 1724. 4. Observat. VI. pag. 25.

70) *L.* 3. §. 6. *L.* 4. *D. Commodati.*

bonae fidei Contract, und in solchen Contracten könnten ohne Bedenken Zinsen gefordert werden. Habe nun der Verleiher von dem Entlehner eine fruchttragende Sache als Pfand inne, sie sey ihm entweder wegen der pecunia commodata, oder wegen einer andern Schuld eingeräumt, oder auch stillschweigend verpfändet, so könne er sich aus den Früchten des Pfandes auch wegen der Zinsen bezahlt machen. Allein weder diese, noch die erstere Erklärung ist anzunehmen. Es kommt hier lediglich auf den Sprachgebrauch der Gesetze an. Nach diesem aber heißt *pecunia gratuita* nichts anders, als ein solches Kapital, welches der Gläubiger dem Schuldner ohne Verzinsung dargeliehen hat, oder, wie Brisson[71]) sagt: **Pecunia, quae sine usuris debetur.** Es erhellet dieses nicht nur aus *L.* 10. §. 8. *D. Mandati*, wo Ulpian sagt: Si mandavero procuratori meo, *ut Titio pecuniam meam credat* SINE USURIS, isque non *sine usuris* crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus? Et *Labeo* scribit, restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut *gratuitam pecuniam* daret; sondern es ist auch überhaupt bekannt, daß das Wort *gratuitum* immer als Epitheton desjenigen gebraucht wird, wofür keine Vergeltung gegeben wird[72]). Ist nun dieses außer Zweifel, so läßt sich der Widerspruch, daß der Gläubiger von einem ohne Zin-

71) De Verbor. Significat. voc. *Gratuitus.*

72) Z. B. gratuita habitatio. *L.* 28. §. 2. *D. Locati. L.* 17. *pr. D. praescr. verbis.* gratuita legatio. *L.* 2. §. 1. *D. de legation.* gratuitum mandatum. *L.* 1. §. 4. *D. mandati.* gratuita opera. *L.* 1. §. 17. et 18. *L.* 5. *pr. De de exercitor. act.* gratuita libertas. *L.* 1. *Cod. de libert. et eorum liber.*

sen dargeliehenen Kapital gleichwohl Früchte auf Zinsen abzurechnen befugt seyn solle, auf keine Weise lösen. Ein stillschweigendes Zinsenversprechen läßt sich auch aus der Verpfändung einer fruchttragenden Sache um so weniger folgern, je deutlicher die oben angeführten Gesetze verordnen, daß, wenn keine Zinsen versprochen sind, die Früchte blos auf das Kapital abgerechnet werden sollen. Hierzu kommt, daß auch schon die Natur des Darlehns, als eines Realcontracts, ein solches stillschweigendes Zinsenversprechen anzunehmen, nicht gestattet, wenn man erwägt, daß nach dem römischen Rechte auch sogar ein ausdrückliches Versprechen der Zinsen beym Darlehn nicht galt, wenn nicht durch Stipulation eine nova obligatio war begründet worden [73]). Hätte das Gesetz dem Gläubiger der nicht versprochenen Zinsen wegen ein stillschweigendes Pfandrecht an den Früchten des Pfandes geben wollen, wie man vielleicht aus der Ueberschrift des Titels, unter welchen die *L.* 8. *D. in quib. caus. pignus tacite contrahitur* gestellt ist, schließen möchte; so würde es gewiß dem Gläubiger keine bloße Retention, sondern eine dem Pfandrecht eigene Persecution gestattet haben, wie Cujaz selbst an einem andern Orte [74]) sehr gut zu unterscheiden wußte. Auf den Umstand, daß Tribonian die *L.* 8. unter den Titel *in quibus causis pignus* etc. gesetzt hat, läßt sich also wohl mit Cujaz kein sonderliches Gewicht legen, zumal da wir Stellen genug im corpus iuris haben,

73) *L.* 24. *D. de praescript. verbis.* *L.* 1. 3. 4. *et* 7. *Cod. de Usur.* S. Boehmer Diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae. §. 10. sqq. (*Exercitat. ad Pand.* Tom. IV.)

74) Observat. Lib. XV. cap. 22.

welche aus ihrem Zusammenhange gerissen, an Orte gepflanzt worden sind, wo sie eigentlich gar nicht hingehören. Es ist auch dieses hier um so mehr auffallend, als in der Aeußerung des Paulus kein Gedanke von einem stillschweigenden Pfandrechte vorkommt. Selbst der griechische Scholiast, ohnerachtet seine Erklärung der Cujazischen sehr nahe kommt, sagt nichts davon[75]). Wenn wir indessen gleichwohl sehen, daß Paulus dem Gläubiger bey einem ohne ein Zinsenversprechen geschehenen Geldvorschusse gestattet habe, die gesetzlichen Zinsen an den Früchten der verpfändeten Sache zurück zu behalten, so kann man wohl nicht anders glauben, als daß Paulus im Zusammenhange der Stelle, den uns Tribonian entzogen hat, von dem Falle geredet haben müsse, wo sich der Schuldner in Wiederbezahlung des ohne Verzinsung empfangenen Anlehns eines rechtswidrigen Verzugs schuldig gemacht hat. Auf solche Art hängt auch diese Stelle mit einer andern, welche aus demselben *Libro II. Sententiarum* des Paulus genommen ist, nämlich der *L. 7. D. de pign. act.* genau zusammen, worin es heißt: **Si autem tardius superfluum restituat creditor, id quod apud eum depositum est, *ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est*.** Sehr na-

75) *Basilica* T. IV. pag. 52. *Καὶ πάλιν σημείωσαι ὅτι ὁ δανείσας καὶ λαβὼν πραγμα εἰς ἐνέχυρον, κἂν μὴ συμφωνήσῃ λαβεῖν τοὺς καρποὺς ἀντὶ τόκων, ὅμως λαμβάνει τοὺς καρποὺς τοῦ πράγματος οὐχὶ πάντας, ἀλλ' ἄχρι τῶν λεγιτίμων τόκων.* i. e. *Item nota, creditorem, qui rem pignori accepit, licet pactus non sit, ut vice usurarum fructus perciperet, nihilominus eos percipere, ad modum scilicet usurarum legitimum.*

türlich läßt sich hieran unsere *L.* 8. reihen, mit welcher sie vielleicht auf folgende Art zusammenhing: Sic etiam *cum debitor gratuita pecunia utatur*, (sofern er sich nämlich gleichfalls eines Verzugs schuldig gemacht hat) *potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere.* Die Worte: *ad modum legitimum* gehen also auf das gesetzliche Quantum der Verzugszinsen. Konnten nun auch gleich Verzugszinsen beym Darlehn nach dem römischen Recht nicht mit der actio mutui gefordert werden, so hatte doch deßwegen eine Retention um so mehr Statt, als es schon die Natur des Pfandrechts mit sich bringt, daß es den Gläubiger auch gegen den ungebührlichen Verzug von Seiten des Schuldners in Sicherheit setzen soll [76]).

§. 866.

Rechte des Pfandgläubigers.

Außer dem juristischen Besitz, welcher durch den Pfandcontract auf den Gläubiger übertragen wird, und vermöge dessen er auch, wie bereits oben bemerkt worden, wegen jeder andern Forderung, wofür ihm die Sache nicht verpfändet ist, bis zu seiner völligen Befriedigung, das Retentionsrecht ausüben kann [77]), hat der Pfandgläubiger überhaupt noch folgende Rechte. Er kann nämlich I) die ihm verpfändete Sache, wofern nicht ein Anders ausdrücklich verabredet worden ist, seinem eigenen Gläubiger

76) *L.* 22. *Cod. de Usur.* S. *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de usuris pecuniae mutuaticiae. §. 15. und Webers Versuche über das Civilrecht. S. 175.

77) *L. un. Cod. Etiam ob chirographariam pecun.*

wieder verpfänden[78]). Der zweyte Pfandgläubiger kann dann an den ihm überlassenen Pfande eben die Rechte ausüben, die sonst einem Pfandgläubiger zustehen[79]). Nur kann freylich der erste Pfandgläubiger auf den zweyten weder der Dauer, noch dem Umfange nach mehr Rechte übertragen, als ihm selbst an der verpfändeten Sache zukommen[80]). Ist daher demselben blos der Nießbrauch eines

78) *L.* 1. *Cod. Si pignus pignori datum.* Etiam id, *quod pignori obligatum est*, a creditore pignori obstringi posse, iam dudum placuit; scilicet ut sequenti creditori *utilis actio* (i. e. hypothecaria) detur, tamdiuque eum is, qui ius repraesentat, (d. i. der Magistrat, welcher das Richteramt bekleidet) tueatur, quamdiu in causa pignoris manet eius, qui dedit. S. *Iac.* LECTII ad Modestinum de poenis lib. un. ad L. 4. D. de crim. stellionat. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. I. p. 142. §. *Caeterum.*)

79) *L.* 13. §. 2. *D. de pignorib.* Cum pignori *rem pignoratam* accipi posse placuerit: quatenus utraque pecunia debetur (d. i. so lange der Schuldner seinem Gläubiger, welcher das Pfand weiter verpfändet hat, noch nicht Zahlung geleistet hat), pignus secundo creditori tenetur: et tam *exceptio*, (nämlich wenn der zweyte Gläubiger in dem Besitz des Pfandes sich befindet, und das Pfand vor getilgter Schuld zurückgefordert wird. Hier kann er sich mit der Einrede des ihm zustehenden Pfandrechts sowohl gegen seinen Schuldner, als gegen den ersten Verpfänder schützen) quam *actio utilis* ei danda est. Die actio utilis ist hier die hypothekarische Klage, welche ihm in dem Falle zusteht, da er nicht in dem Besitz des Pfandes ist. S. GMELIN Comment. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 63. pag. 235. sqq.

80) *L.* 54. *D. de div. reg. iuris.* Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.

Grundstücks verpfändet, so kann er seinem Gläubiger nicht auch die Proprietät verpfänden[81]); und ist der erste Pfandgläubiger befriediget, so hört auch das Pfandrecht des zweyten Gläubigers auf, und er kann dem Eigenthümer die Herausgabe des Pfandes nicht vorenthalten[82]). Es fragt sich aber, ob nicht dem zweyten Gläubiger dasjenige, was der Schuldner seinem, dem ersten Gläubiger, bezahlt hat, als Pfand hafte, und ihm deshalb die hypothekarische Klage gegen den ersten Gläubiger, als seinen Schuldner, zu gestatten sey? Es ist ein Unterschied zu machen, ob die Schuld des erstern Verpfänders in Gelde, oder in andern Sachen bestand, welche derselbe seinem Gläubiger zu leisten hatte. In dem erstern Falle kann der zweyte Gläubiger an dem bezahlten Gelde kein Pfandrecht ausüben, sondern der erste Gläubiger wird solches zu seiner Befriedigung behalten. In dem erstern Falle aber tritt die dem ersten Gläubiger von seinem Schuldner gegebene Sache an die Stelle des durch Befriedigung desselben befreyeten Pfandes,

81) *L.* 6. *Cod. de Usufructu.* Nam usufructuarius quidem proprietatem pignorare non potuit. — *L.* 1. *Cod. Si pignus pignori.* Sed si vos *usumfructum possessionis* tantummodo pignori dedistis, isque, qui accepit, alii eam *possessionem* (i. e. *fundum*) cuius usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoraverit: creditor eius id, in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens, dominio vos privare nequivit,

82) *L.* 40. §. 2. *D. de pignerat. act.* Soluta pecunia, creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet: nec quicquam amplius praestare cogitur. *Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.*

und der zweyte Gläubiger kann mit der actio hypothecaria deren Ablieferung von Rechtswegen verlangen. Denn die Verpfändung eines Pfandes ist gerade so zu betrachten, als wenn diejenige Forderung, weßhalb dem verpfändenten Gläubiger das Pfand angewiesen war, selbst verpfändet worden wäre[83]). Es hat daher auch gar keinen Zweifel,

83) Dieß scheint mir der Sinn der etwas dunkeln Worte Marcians zu seyn, wenn er *L.* 13. §. 2. *D. de pignorib.* sagt: Quodsi *dominus* (nämlich der erste Schuldner, und Verpfänder) solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid *creditori*, (nämlich dem zweyten Gläubiger) nummorum solutorum nomine, *utilis actio* danda sit, an non? (Offenbar ist hier die Rede von einer Zahlung, die dem ersten Gläubiger geschehen ist. Es ist daher die Erklärung der Glosse, die das *solutorum* durch solvendorum erklären will, nach meiner Ansicht, unrichtig. Die folgenden Worte streiten offenbar dagegen) quid enim, *si res soluta fuerit?* (dem ersten Gläubiger war also wirklich die Schuld bezahlt) et verum est, quod *Pomponius* libro septimo ad Edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. Der Fall, von welchem Pomponius hier spricht, war eigentlich von dem des Marcians verschieden; denn dort zahlte der Schuldner dem zweiten Gläubiger, hier zahlte er dem ersten Gläubiger. Allein darin kommen doch beyde Fälle überein, daß wenn der erste Schuldner die Schuld im Gelde bezahlt hat, kein weiteres Pfandrecht darauf haftet, es sey dem ersten, oder dem andern Gläubiger die Zahlung geleistet worden. Man sehe über diese dunkle Stelle vorzüglich *Emund.* Merillii Observation. Lib. VII. Cap. 35. und Westphals Pfandrecht §. 142. und 144. Not. 166. S. 206. f. Die Basiliken geben hier keinen Aufschluß.

daß der zweyte Gläubiger, so lange der erste Gläubiger von seinem Schuldner, als dem ersten Verpfänder, noch nicht befriediget worden ist, auch eben sowohl gegen diesen mit der actio utilis auf die Bezahlung der Schuld klagen könnte[84]); als es auch umgekehrt dem ersten Schuldner freystehen würde, die Schuld dem zweyten Gläubiger zu bezahlen, und dadurch das Pfand freyzumachen[85]). Ja

84) Denn da der Pfandgläubiger, dem von seinem Schuldner ein diesem gegebenes Pfand verpfändet worden, wie ein solcher anzusehen ist, der eine Schuldforderung zum Unterpfande erhalten hat: (s. Westphal a. a. O. S. 206.) so findet auch hier die *L. 4. Cod. Quae res pignori* Anwendung. Cujaz ad L. 18. de pigner. act. ad Pauli librum XXII. ad Edictum, dem auch *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXXVIII. Th. 5. beystimmt, hält zwar die bey der Verpfändung einer Schuldforderung dem zweyten Gläubiger zustehende *actio utilis* für die hypothekarische Klage. Allein man kann auch eben sowohl behaupten, es sey diejenige Klage, welche der erste Gläubiger gegen seinen Schuldner hätte anstellen können. *L. 7. Cod. de heredit. vel act. vend.* S. VOET Commentar. ad Pandect. Lib. XX. Tit. I. §. 17. und Westphals Pfandrecht §. 141. S. 204.

85) Von diesem Falle kann *L. 2. Cod. Si pignus pignori datum* sehr wohl verstanden werden, wo es heißt: Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris iuri fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit: examinata fide veri, poteris eam, soluto eo, *quod ex hac causa creditori* (nämlich dem ersten Gläubiger) debetur, intercessu praesidis provinciae recuperare, wie auch BACHOV de pignorib. Lib. II. cap. 9. pag. 128. mit Recht behauptet. Mehr, als er seinem Gläubiger schuldig ist, braucht jedoch der erste Verpfänder dem zweyten Gläubiger nicht zu bezahlen, wenn auch desselben Forderung an seinen Schuldner, oder den ersten Gläubiger, größer wäre. Von diesem Falle

es darf nicht einmal der Schuldner seinem, dem ersten Gläubiger, mehr Zahlung leisten, wenn er von der geschehenen weitern Verpfändung seiner Sache benachrichtiget worden ist [86]). Der Gläubiger hat ferner II. das Recht, wenn keine Bezahlung erfolgt, das Pfand zu verkaufen [87]), und aus dem daraus gelößten Gelde sowohl wegen des Kapitals, als wegen der Zinsen und verwanden Unkosten, und zwar, sofern er in dem Besitz des Pfandes sich befindet, und es blos mit dem Schuldner, oder desselben Erben zu thun hat, unbedingt [88]), sonst aber nur wegen dessen, wofür das Pfand, der Verabredung nach, gilt, sich zu befriedigen [89]). Dieses Recht des Gläubigers, durch Ver-

versteht *Ant.* Faber Rational. in Dig. h. t. auch die oben angeführte *L.* 40. §. 2. *D. de pign. act.* und schaltet bey den Worten: nec quicquam amplius praestare cogitur, das Wort *debitor* ein. Ihm stimmt auch Schilter in Praxi Iur. Rom. h. t. Exercit. XXVI. §. 11. bey.

86) Arg. *L.* 4. *Cod. Quae res pign.* S. Voet Comment. ad Pand. Lib. XX. Tit. 6. §. 2. in fin. *Ant.* Faber Conjectur. iuris civ. Lib. VIII. cap. 15. und Westphal a. a. O. §. 144. Anderer Meinung ist jedoch Gmelin Comm. de iure pignoris vel hypothecae etc. §. 63. pag. 240.

87) §. 1. *I. Quib. alienare licet.*

88) *L.* 8. §. 5. *D. h. t.* Cum pignus ex pactione venire potest, non solum *ob sortem non solutam* venire poterit, sed *ob caedere quoque*, veluti *usuras*, et *quae in id impensa sunt.* S. Webers Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung S. 191. ff.

89) Die Frage, ob und in wiefern sich das Pfandrecht außer dem Kapital auf Zinsen und Kosten erstrecke? kommt Lib. XX. Tit. 1. §. 1083. vor. Man sehe Weber a. a. O. S. 151. ff.

äußerung des Pfandes sich zu seiner Bezahlung zu verhelfen, ist dem Pfandrechte so wesentlich, daß es weder einer besondern Verabredung bedarf[90]), noch auch durch Vertrag, oder Testament, noch durch irgend eine Protestation des Schuldners verhindert werden kann[91]). Nur durch Bezahlung der Schuld, oder ein anderes rechtliches Mittel, welches der Bezahlung gleichgeachtet wird, kann allein die Veräußerung des Pfandes abgewendet werden[92]). Dieses Veräußerungsrecht steht auch dem zweyten Gläubiger zu, wenn diesem ein, seinem Schuldner von desselben Schuldner gegebenes Pfand, wieder verpfändet worden ist, es muß nur die Veräußerung des Pfandes geschehen, ehe noch der erste Schuldner, seinem, dem ersten Gläubiger, die Schuld bezahlt hat[93]). Von der Veräußerung der

Meißners vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht 1. Th. §. 14. und Hufelands Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 775.

90) *L. 4. D. h. t.*

91) *L. 1. et 2. Cod. Debitorem venditionem pignoris impedire non posse.*

92) *L. 8. Cod. de distract. pignor.* Si priusquam distraheretur pignorata possessio, *pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente, facta contestatione eam deposuisti*, et hodie quoque in eadem causa permanet, pignoris distractio non valet. Quodsi prius, *quam offerres*, legem venditionis exercuit: quod iure subsistit, revocari non debet.

93) *L. 1. Cod. Si pignus pignori datum.* Quodsi non fuit vestro creditori ususfructus, sed ipsa possessio pignorata, et *ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus* pignus acceptum vendidit: *non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi*, divorum principum placitis continetur. S.

Pfänder wird übrigens Lib. XX. Tit. 5. gehandelt werden. Der Gläubiger kann III. das Pfand von jedem Inhaber desselben abfordern[94]), wenn nämlich der Schuldner in mora ist[95]), oder auch zuweilen schon vorher, ehe noch die Schuld zahlbar ist, wenn ein besonderes Interesse erwiesen werden kann[96]). Es steht ihm deßhalb die hypothekarische Klage zu, von welcher Lib. XX Tit. I. gehandelt werden wird. Gegen den Schuldner, aber nicht gegen den dritten Besitzer, kommen ihm auch possessorische Rechtsmittel, nämlich das Interdictum Salvianum und quasi Salvianum, zu Statten[97]), wovon ebenfalls zu seiner Zeit ein Mehreres. Eigenmächtige Besitzergreifung ist hingegen dem Gläubiger nicht erlaubt; auch selbst der Vertrag, vermöge dessen es demselben erlaubt seyn solle, sich im Falle ausbleibender Zahlung selbst in den Besitz des Pfandes zu setzen, gibt dem Gläubiger kein Recht, Gewalt zu brauchen, wenn sich der Schuldner widersetzt, sondern der Gläubiger muß sich auch hier des Quasisalvianischen Interdicts bedienen[98]). Die Abforderung des Pfandes kann jedoch

Westphal a. a. O. S. 207. und Gmelin Commentat. cit. de iure pignoris etc. §. 63. pag. 237. sqq.

94) *L.* 16. §. 3. *L.* 17. *D. de pignor.* *L.* 18. *Cod. eodem.* *L.* 28. *D. h. t.*

95) *L.* 33. §. 5. *D. de pignor.* *L.* 10. *Cod. eodem.*

96) *L.* 14. *D. eodem.*

97) *L.* 1. *Cod. de precario et interdicto Salviano.*

98) *L.* 3. *Cod. de pignorib.* Creditores, qui, non reddita sibi pecunia, *conventionis legem*, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur: attamen auctoritate Praesidis possessionem adipisci debent. S. Strubens rechtliche Bedenken. 2. Th. Bed. 32. und Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Th. Nr. LXXXI. §. 37. Not. p. S. 481.

durch Anbieten der Zahlung von jedem Besitzer abgewendet werden [99]). IV. Leidet der Gläubiger durch Eviction und Hauptmängel des vertragsmäßigen Pfandes, so kann er verlangen, daß ihm ein neues eingeräumt [100]), auch daß ihm der, durch Versehen des Schuldners ihm sonst erwachsene Schaden vergütet werde [1]). Er kann ferner V. Ersatz der auf das Pfand verwandten Kosten fordern, jedoch nicht ohne Unterschied. Die Kosten können von verschiedener Art seyn. a) Nothwendige, wohin theils diejenigen gehören, welche die Erhaltung der Sache unvermeidlich machte, theils auch die Abgaben, denen der Gläubiger, als Besitzer des Pfandes, sich schlechterdings unterziehen mußte. Diese Kosten müssen dem Gläubiger unbedingt vergütet werden, also nicht nur alsdann, wenn bey der Zurückgabe des Pfandes dieser Kostenaufwand sich noch als Verbesserung bey der Sache befindet, sondern auch wenn dieser Aufwand durch einen Unglücksfall ohne Verschulden des Pfandinhabers wieder vereitelt worden wäre [2]). We-

99) *L.* 16. §. 3. *D. de pignor.* *L.* 12. §. 1. *D. Quib. modis pign. vel hypoth. solvitur.*

100) *L.* 2. *L.* 9. *pr.* *L.* 31. *et* 32. *D. h. t.*

1) *L.* 9. *pr.* *L.* 31. 32. *et* 36. *pr. D. eodem.*

2) *L.* 8. *pr. D. h. t.* Si *necessarias impensas* fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim: non tantum *retentionem*, sed etiam *contrariam pigneratitiam actionem* habebo. Finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse, item insulam fulcisse, vel refecisse, et postea deustam esse, nec habere, quod possim retinere. — *L.* 29. *in fin. D. famil. erci̇sc.* Ejus, quod *propter necessitatem* impendit, etiam ultro est actio creditori.

gen dieser Kosten ist dem Gläubiger auch die hypothekarische Klage nicht zu versagen, da die Gesetze ganz bestimmt verordnen, daß die nothwendigen Kosten mit zu der Pfandschuld gerechnet werden sollen[3]). b) Nützliche Kosten, wodurch die Sache verbessert, und ihr Werth erhöhet worden ist. Sind diese Kosten mit Einwilligung des Schuldners gemacht worden, so hat es keinen Zweifel, daß der Gläubiger deren Ersatz fordern könne[4]). Außerdem aber kann der Gläubiger nur alsdann eine Vergütung der nützlichen Kosten fordern, wenn sie nicht so unmäßig sind, daß der Schuldner, um das Pfand einlösen zu können, wieder anderwärts Geld aufborgen, oder das Pfand gar verstoßen, und uneingelöst lassen müßte. Ob aber und in wiefern die Kosten für mäßig zu halten sind, muß der Richter nach Vorschrift der *L. 25. D. de pign. act.*[5]) aus den Um-

3) *L. 6. Cod. de pignorib.* In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori detas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit. S. Webers Versuche über das Civilrecht. S. 186. ff.

4) *L. 25. D. h. t.* Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos *vel voluntate debitoris*, erit actio contraria. S. Westphals Pfandrecht §. 24. Not. 41. S. 66.

5) Ulpian sagt hier: Sicut enim negligere creditorem dolus et culpa, quam praestat, non patitur, ita nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad recuperandam; puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres: alioquin non est aequum, aut quaerere me alios creditores, aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut tibi penuria coactum

ständen beurtheilen, und hier einen Mittelweg einschlagen, *ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur*, d. i. der Richter darf weder der unbilligen Weigerung des Schuldners nachgeben, wenn dieser nach seinen Vermögensumständen, und salvo pignore dem Gläubiger die verwandten Kosten zu vergüten vermag [6]); noch dem Gläubiger mit seiner unmäßigen Forderung Gehör geben, wenn dieser das Maaß des Kostenaufwandes zur Ungebühr überschritten hat. Das Pfandrecht des Gläubigers erstreckt sich jedoch auf diesen Kostenaufwand nicht [7]), sondern dem Gläubiger steht deswegen nur eine persönliche Klage gegen den Schuldner zu, und auch diese fällt weg, wenn

derelinquere. Medie igitur haec a iudice erunt dispicenda, *ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur.*

6) Der Ausdruck *delicatus* bezeichnet bey den Klassikern einen solchen Menschen, qui in negotio, in quo alter sine vitio versatur, morosus, difficilis et fastidiosus est, i. e. qui tantum ex sua parte facere detrectat, quantum debet et potest. Seneca *de Beneficiis* Lib. II. cap. 24. Cicero *Orator.* cap. 29. Ulpian. *L.* 6. §. 3. *D. de offic. Procons.* Wenden wir diese Bedeutung auf einen *debitor delicatus* an, so ergiebt sich, daß darunter ein solcher Schuldner zu verstehen sey, qui de restiduendis impensis, in pignus factis, conventus, creditori non oneroso, i. e. qui in faciendis impensis modum non excessit, tantum restituere detrectat, quantum debet, et, salvo pignore, potest. Man vergleiche *Ern. Mart.* Chladenii Diss. de debitore delicato in contrario fiduciae iudicio ex mente Ulpiani ad L. 25. D. de pign. act. praeside *Andr. Flor.* Rivino def. *Vitembergae* 1743. §. 13. sqq. In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 10. in fin. heißt es blos: *Τὰς μέσας τοίνυν δαπάνας ὀφείλει σκοπεῖν ὁ δικαστής;* i. e. *Iudex igitur sumtus modicos spectare debet.*

7) S. Webers angef. Versuche S. 188.

er den Aufwand gegen das Verbot des Schuldners machte[8]). c) Kosten, die blos voluptatis causa von dem Gläubiger verwendet worden sind, werden aber auf keinen Fall demselben ersetzt, sondern ihm steht allenfalls ein ius tollendi zu, soweit eine Trennung ohne Schaden der Hauptsache möglich ist[9]). Endlich VI. wenn über das Vermögen des Schuldners ein Concurs entsteht, so erhält der Gläubiger eine vorzügliche Stelle in der zweiten oder dritten Klasse[10]).

§. 867.

Pflichten des Pfandgläubigers.

Die Pflichten, welche dem Gläubiger in dem Pfandcontracte obliegen[11]), bestehen darin, I. daß er das Pfand mit gehöriger Sorgfalt verwahre, damit es weder beschädiget werde, noch wegkomme, oder sonst zu Grunde gehe. Der Pfandgläubiger haftet daher 1) für jede Arglist. 2) Für jedes auch noch so geringes Versehen durch schädliche Thätigkeit. Denn hier kann er auch mit der actio legis Aquiliae belangt werden[12]), in qua et levis-

8) *L.* 40. *D. mandati.* *L. ult. Cod. de negot. gest.* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLVI. medit. 3. Hufelands Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 778. Not. f.

9) S. Erxleben de iure pignorum §. 154. und Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 829.

10) Georg Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder. Gießen und Darmstadt 1802. 8.

11) *Henr.* Kluit Diss. de obligatione creditoris in pignore. *Lugd. Bat.* 1786.

12) *L.* 18. §. 1. *D. Commodati.* *L.* 7. *Cod. de pigner. act.*

sima culpa venit, wie Ulpian[13]) sagt. 3) Für Unterlassung der nöthigen Sorgfalt und Aufsicht. Ist die Sache dadurch gänzlich verloren oder zu Grunde gegangen, so ist er für jede Unachtsamkeit verantwortlich, und nur der unabwendliche Zufall befreyt ihn von der Verbindlichkeit zum Schadensersatz. Denn der Faustpfandgläubiger muß nicht nur dolus und culpa, sondern auch custodia prästiren. *L.* 19. *Cod. de pignoribus* sagt: Sicut *vim maiorem* pignorum creditor praestare non habet necesse: ita dolum et culpam, sed et *custodiam* exhibere cogitur. Eben dieses bestätiget *L.* 8. *Cod. de pign. act.* wo es heißt: Si *nulla culpa* seu *segnitia* creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium *ad periculum eius* minime pertinet. Daß es hier auf keinen bestimmten Grad der Culpa ankomme, wenn das Pfand verloren geht, erhellet ferner aus *L.* 5. *Cod. eodem*, wo gesagt wird: Si creditor *sine vitio suo* argentum pignori datum *perdiderit*, restituere id non cogitur: sed *si culpae reus deprehenditur*, — quanti debitoris interest, condemnari debet. Hier steht nun also der Pfandgläubiger eben so, wie der Commodatar, der Pächter, und der Verkäufer, welche die Gesetze gleichfalls zur custodia plena verpflichten, für alle Gefahr, wenn die Sache gestohlen wird, oder sonst durch irgend ein Versehen desselben zu Grunde geht[14]). Ulpian sagt ganz bestimmt *L.* 14. §. 16. *D. de furt.* Puto omnibus *quorum periculo res alienae sunt*, veluti commodatae,

13) *L.* 44. *D. ad Leg. Aquil.* S. den 10. Theil dieses Commentars §. 699.

14) S. *Christoph. Lud.* Krell Disp. de custodia et periculo pignoris. *Vitemb.* 1733.

item locatae, *pignorisve nomine acceptae*, si hae *subreptae* sint, omnibus *furti actiones* competere[15]). Ist hingegen das Pfand durch Vernachläßigung des Gläubigers blos beschädiget, und dadurch in seinem Werth vermindert worden, so kommt es darauf an, ob der Contract, wie gewöhnlich, zum Vortheil beyder Theile geschlossen worden ist, oder, wie zuweilen der Fall seyn kann, blos dem Gläubiger allein zum Vortheil gereicht. In dem ersten Falle steht der Pfandgläubiger nur für culpa levis, d. h. er haftet nur dann für den Schaden, wenn er durch eine solche Nachläßigkeit geschehen ist, dergleichen kein ordentlicher und vorsichtiger Mensch begangen haben würde. Es gehören hierher folgende Stellen.

§. 4. *I. Quib. modis re contrah. obligatio.* Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed *quia pignus utriusque gratia datur*, *et debitoris*, *quo magis pecunia ei credatur*, *et creditoris*, *quo magis ei in tuto sit creditum:* placuit sufficere, si ad eam custodiendam *exactam diligentiam* adhibeat.

L. 5. §. 2. D. Commodati. Sed *ubi utriusque utilitas vertitur*, ut in emto, in locato, in dote, *in pignore* — et dolus et culpa praestatur.

Daß hier unter der *culpa* nur die culpa levis und nicht levissima zu verstehen sey, erhellet aus dem Nachsatz: *Commodatum* autem plerumque *solam utilitatem continet eius*, *cui commodatur;* et ideo verior est QUINTI

15) Von der custodia plena des Verkäufers redet *L. 2. §. 1. L. 3. D. de periculo et comm. rei venditae.*

MUCII sententia existimantis, *et culpam praestandam et diligentiam*. Offenbar soll doch wohl *diligentia* hier mehr bedeuten, als *culpa*. Um des Precarium willen konnte auch wohl Ulpian das Commodat nicht so ausgezeichnet haben, als bey welchem nur dolus und culpa lata prästirt wird, da hierüber gar kein Zweifel war. Sicher dachte auch hier Ulpian *libro* 28. *ad Edictum* an das Precarium nicht, von welchem er *L*. 8. §. 3. *D*. *de precario*, libro 71. ad Edictum sagt: Illud adnotatur, quod *culpam* non praestat, qui precario rogavit, sed *solum dolum* praestat: quamquam is, qui *commodatum* suscepit, *non tantum dolum*, *sed etiam culpam praestat*. Hier konnte freylich dem röm. Juristen, um das Commodat vom Precarium zu unterscheiden, schon die Bemerkung genügen, daß der Commodatar dolus und culpa prästire, der Beysatz, er hafte auch für diligentia, war hier nicht nöthig, wohl aber dort, wo er *L*. 5. §. 3. *D*. *Commodati*, das Commodat vom pignus, und andern Contracten zu unterscheiden suchte, aus welchen beyde Contrahenten in der Regel gleichen Vortheil ziehen [16]). Folgende Stelle aus Cajus libro 9. ad Edictum wird aber vollends allen Zweifel heben.

L. 18. *pr*. *D*. *Commodati*. In rebus commodatis talis *diligentia* praestanda est, *qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet*: ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non

16) Herr v. Löhr in s. Theorie der Culpa. Giessen 1806. 1. Abschn. S. 46. ff. ist zwar anderer Meinung. Allein man sehe Schömans Handbuch des Civilrechts 2. B. S. 242. ff. und MALBLANK Diss. de culpa eiusque speciebus et gradibus. *Tübingae* 1807. §. 7.

possit veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. — — Haec ita, *si duntaxat accipientis gratia commodata sit res.* At si *utriusque*, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuquè eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Sed videndum est, *ne et culpa praestanda sit:* ut ita culpae fiat aestimatio, *sicut in rebus pignori datis*, et dotalibus *aestimari solet.*

Besonders merkwürdig sind noch folgende Fragmente.

L. 14. *D. de pign. act.* Ea igitur, *quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet*, a creditore exiguntur.

L. 23. *D. de div. reg. iuris.* Contractus quidam *dolum malum* duntaxat recipiunt: quidam et *dolum et culpam:* dolum tantum, depositum et precarium: *dolum et culpam*, mandatum, commodatum, venditum, *pignori acceptum*, locatum, item dotis datio, tutelae, negotiae gesta, in his quidam et *diligentiam.*

Ein Beyspiel von culpa levis gibt *L.* 15. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Creditor cum pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere: et si praedium fuit pigneratum, et de iure eius repromittendum est, ne forte servitutes, cessante uti creditore, amissae sint. Hat der Gläubiger Servituten, die dem verpfändeten Grundstück zustanden, durch unterlassene Ausübung dersel-

ben erlöschen lassen; so hat er dadurch das Grundstück deteriorirt, und er haftet daher für seine Culpa.

Ist hingegen der Pfandcontract blos zum Vortheil des Gläubigers geschlossen worden, so steht er unbedingt für jedes, auch das geringste Versehen, eben so wie der Commodatar, wenn er allein den Nutzen aus dem Contract zieht. Nur daß dieses beym Commodat der gewöhnliche, beym Pfandcontract aber der ungewöhnliche Fall ist[17]). Man rechnet hierher den Fall, wenn sich der Gläubiger, um sein Geld sicher unterzubringen, dem Schuldner aufdrang, da ihm ein anderer Freund ohne Pfandgebung creditiren wollte; oder wenn der Gläubiger dem Schuldner vorher ohne Pfand creditirt hatte, letzterer aber nachher von freyen Stücken dem Gläubiger zu mehrerer Sicherheit ein Pfand gibt; oder wenn ein Dritter für den Schuldner das Pfand bestellt. Solius autem creditoris utilitas tunc vertitur, sagt Voet[18]), cum non debitor, *sed tertius pro debitore*, pignus dat: quamvis enim debitoris quoque intersit, pignus dari, dum sine eo forte fidem haud inveniret, tamen, si contractum pignoris spectes, quod iam non inter creditorem et debitorem, sed inter creditorem et tertium pignus dantem intercedit, solius creditoris gratia, non item tertii pignus dantis, et inde pignoratitia experiuntis, pignus celebratum apparet. Von diesem Falle will denn nun auch Voet, nach Cujaz[19]), dem auch

17) S. *Ge. Sam.* Madihn Comment. Creditorem in pignore media diligentia non semper liberari. *Halae et Magdeb.* 1764.

18) Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

19) Observation. Lib. XIX. cap. 24.

Malblanck[20]) beystimmt, die so sehr bestrittene *L.* 13. §. 1. *D. h. t.* verstehen, wo Ulpian sagt: Venit autem in hac actione et dolus, et culpa, *ut in commodato;* venit et custodia: vis maior non venit. Von jeher hat diese Stelle unsere Ausleger in große Verlegenheit gesetzt, und es sind darüber mancherley Interpretationen sowohl, als kritische Emendationen zum Vorschein gekommen, welche wohl einmal ordentlich zusammengestellt, und etwas genauer, als bisher geschehen ist, geprüft zu werden verdienen. Man kann sie ganz füglich unter zwey Hauptklassen bringen. Die eine Parthey[21]) behauptet, daß unter der hac actione gar nicht die actio pigneratitia directa, die dem Schuldner nach getilgter Schuld gegen den Pfandgläubiger auf Zurückgabe des Pfandes zusteht, sondern eine ganz andere Klage zu verstehen sey, deren in dem Principium dieses Fragments gedacht wird; nämlich die Reivindication, oder actio in factum, welche dort dem Schuldner gegen den Dritten gestattet wird, an den der Gläubiger das Pfand, ehe er noch dazu befugt war, unter der Bedingung verkauft hatte, dasselbe gegen Erstattung des Kaufgeldes wieder zurückzugeben, wenn der Schuldner nachher noch Zahlung leisten würde. Ohne Zweifel, sagt man, müsse hier der Käufer für culpa levissima haften, da er wissentlich eine fremde verpfändete Sache an sich gekauft habe,

20) Princip. iuris Rom. P. II. Sect. I. §. 497. pag. 350.

21) *Abrah.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 7. *Io. Henr. Christ.* ERXLEBEN Princip. de iure pignor. et hypothecar. §. 161. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 796.

welche der Gläubiger ihm zu verkaufen nicht befugt war. Allein auch davon abgesehen, daß es an sich schon widersinnig scheint, in einem Falle, wo eine unerlaubte Handlung den Beklagten für jedes Versehen verantwortlich machte, den Maasstab der zu prästirenden Culpa von dem Commodat herzunehmen, mit welchem doch jener Fall gar nicht die mindeste Aehnlichkeit hat; so leuchtet ja die offenbare Unrichtigkeit dieser Erklärung sofort jedem in die Augen, welcher die *L.* 13. mit der gleich folgenden *L.* 14. im Zusammenhange zu lesen sich die Mühe nimmt. Denn hier wird, als Folgerung aus dem vorhergehenden §. 1. der *L.* 13. ganz deutlich gesagt: Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a *creditore* exiguntur. Welches Unsinns müßte man den Tribonian fähig halten, wie Thibaut[22]) hier sehr richtig erinnert hat, wenn man annehmen wollte, er habe den §. 1. der *L.* 13. nicht vom Pfandgläubiger verstanden! Die andere Klasse der Ausleger, und diese zählt die meisten Stimmen, machen diejenigen aus, welche die *L.* 13. §. 1. *cit.* von der actio pigneratitia directa verstehen, und diese haben denn in so weit zwar allerdings Recht, nur sind sie freylich in der Erklärung des Fragments selbst wieder sehr verschiedener Meinung. Einige suchen dasselbe ohne alle Emendation mit den übrigen oben angeführten Stellen zu vereinigen, und hier gibt es wieder viererley Meinungen. Nach der einen[23]) wird behauptet, durch die an-

22) Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 36. S 156. f. der zweyten Auflage.

23) *Barth.* Chesius Interpretat. iuris Lib. I. cap. 45. nr. 11. Crell in Diss. cit. de custodia et periculo pignoris §. 5.

geführten Worte der *L.* **13.** werde die Regel aufgestellt, daß der pfandinhabende Gläubiger auch für das geringste Versehen haften müsse. Um über diesen Satz gar keinen Zweifel übrig zu lassen, vergleiche Ulpian nicht nur die Pfandklage in dieser Hinsicht mit der aus dem Lehncontract entstehenden, welche auch auf Ersatz eines jeden nicht rein zufälligen Schadens gehe, sondern füge auch sogar noch in den Worten: *vis maior non venit*, den Gegensatz hinzu, daß nur äußere Gewalt, welcher der Pfandgläubiger zu widerstehen nicht im Stande war, zu seiner Entschuldigung hinreichen solle. Gerade das Nämliche werde auch in der oben angeführten Stelle der Institutionen, und *L.* **19.** *Cod. de pignoribus* gesagt, und so stehe denn alles in dem besten Einklange. Allein nach dieser Meinung bleibt ja der Widerspruch zwischen der *L.* **13.** und *L.* 5. §. **2.** auch *L.* 18. *pr. D. Commodati* unverkennbar, wo ganz bestimmt gesagt wird, der Pfandgläubiger prästire nur **dolus** und **culpa**, der Commodatar aber nicht nur diese, sondern auch **diligentia**. Nach einer zweyten Meinung, welche, wie bereits oben bemerkt worden ist, Cujaz, Voet und Malblanck annehmen, soll die *L.* **13.** §. **1.** blos von dem Falle zu verstehen seyn, wenn der Gläubiger von der Pfandgebung allein den Vortheil hat. Allein wer sollte wohl glauben, daß Ulpian, der hier die Natur der **actio pigneratitia directa** erklären wollte, und sich daher ganz allgemein ausdrückt, von einem Falle gere-

Rivinus **Diss. de culpa levissima in pignore a creditore praestanda.** *Vitemb.* 1751. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Band §. 653. und besonders B. W. Pfeiffer vermischte Aufsätze über Gegenstände des teutschen und römischen Privatrechts (Marburg 1803.) S. 89. ff.

det haben sollte, der bey dem Pfandcontract eine eben solche Seltenheit ist, als bey dem Commodat der Fall des beyderseitigen Vortheils? Nach einer dritten Meinung, welche Johann Wilhelm Markart[24]) und Franz Schömann[25]) vertheidigen, wird die von Ulpian zwischen pignus und commodatum in Absicht auf dolus und culpa angestellte Vergleichung dadurch gerechtfertiget, daß in beyden Contracten culpa levis prästirt werde. Für diligentia im eigentlichen Sinn hingegen, welche noch außerdem der Commodatar prästiren müsse, (*L.* 5. §. 2. *D. commodati*) stehe der Pfandgläubiger nicht, wohl aber für custodia; in Ansehung dieser entschuldige ihn nichts, als reiner und unabwendlicher Unglücksfall. *Vis maior non venit. Vim maiorem pignorem creditor praestare non habet necesse.* Diese Erklärung ist allerdings die natürlichste, welche auch mit dem Sprachgebrauche der Gesetze, und den übrigen Stellen, welche von diesen Contracten handeln, am besten übereinstimmt. Wie Ulpian hier bey der Bestimmung der Culpa im Pfandcontract auf das Commodat verfiel, läßt sich auch leicht erklären. In dem Edicto perpetuo war unmittelbar vor dem Pfandcontract, vom Commodat die Rede gewesen. Man sieht dieß unter andern daraus, weil in des Paulus *Sententiis receptis* lib. II. auf den Tit. 4. *de commodato*, gleich Tit. 5. de pignore folgt. Daß aber diese *Sententiae receptae* nach der Ordnung des edicti perpetui abgefaßt waren, hat Anton Schulting[26]) ausführlich bewiesen. Es erhel-

24) Probabil. receptar. Lection. iuris civ. (*Trajecti ad Rhen.* 1737.) pag. 110. sqq.

25) Lehre vom Schadensersatz. 1. Th. S. 160. f.

26) Iurisprud. Antejust. pag. 211. sqq.

let dieses auch daraus, weil Ulpian *Libro* 28. *ad Edictum* von dem commodatum und pignus gehandelt hat, wie die Inscription der in den Pandecten daraus entlehnten Fragmente beweißt. Es ist daher die Inscription der *L.* 13. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 28. *ad Edictum* offenbar fehlerhaft, und muß vielmehr *libro* 28. gelesen werden, wie auch Jacob Labittus[27]) bemerkt hat. Hieraus erklärt sich auch, warum in den Pandecten der Tit. *de pigneratitia actione* auf den Tit. *Commodati* folgt. Die Richtigkeit jener Erklärung ergiebt sich endlich noch insonderheit daraus, daß auch an andern Orten Ulpian das pignus und commodatum in Absicht auf dolus und culpa einander gleichstellt[28]). Mit Recht sagt daher Anton Faber[29]): Quod hic scribitur in pignore, non tantum dolum venire, sed etiam culpam, *sicut in commodato*, non tollit differentiam, quae est inter pignus et commodatum, quod ad culpam levissimam pertinet. Endlich nach einer vierten Meinung, welche besonders Samuel von Cocceji[30]), Georg Sam. Madihn[31]) und Westphal[32]) haben, soll Ulpian in den Worten: *ut in commodato*, auf den Unterschied gedeutet haben, den Cajus *L.* 18. *pr. D. Commodati* beym Leih-

27) Usus Indicis Pandectar. Cap. VI. §. 8. in *Abr.* WIELING Iurisprud. restit. T. II. pag. 118.

28) *L.* 23. *D. de div. reg. iur.* *L.* 18. *pr. D. Commodati.*

29) Rational. in Pand. ad L. 13. §. 1. D. h. t.

30) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 18.

31) Cit. Commentat. Creditorem in pignore media diligentia non semper liberari. *Halae* 1764. pag. 14.

32) Pfandrecht §. 31. Not. 50. S. 79.

contract macht. Es komme nämlich bey dem Pfandcontract eben so, wie bey dem Leihcontract, in Absicht auf die Prästation der Culpa darauf an, ob die Verpfändung zum Vortheil beyder Contrahenten, oder blos um des Gläubigers willen geschehen sey. In dem ersten Falle stehe der Pfandgläubiger nur für **culpa levis**, eben so, wie der Commodatar, wenn der Contract nicht blos ihm, sondern auch dem Verleiher zum Vortheil gereicht; in dem letzten Falle aber müsse der Pfandgläubiger für das geringste Versehen haften, eben so, wie der Commodatar, wenn der Contract, wie gewöhnlich, blos zu seinem Vortheil gereicht. Ob nun wohl auch diese Erklärung vor jeder Emendation den Vorzug verdient; so behaupten dennoch viele, sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten, daß der Schwierigkeit, ohne eine Aenderung vorzunehmen, auf keine Weise abzuhelfen sey. Es theilen sich aber auch hier wieder die Meinungen der Kritiker. Einige wollen statt: UT *in Commodato: venit et custodia*: so lesen: AT *in commodato venit et custodia*. Gerhard Noodt[33]) macht diese Emmendation hauptsächlich zu der seinigen; obwohl schon vor ihm Johann Niellius[34]) eben so emendirte. Gegen den Vorwurf eines Plagiums hat ihn indessen sein Biograph Johann Barbeyrac[35]) vollkommen gerechtfertiget. Nach dieser Emendation habe nun also Ulpian hier den Unterschied zwischen **pignus** und **commodatum** in Absicht

33) Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 4.

34) Dissertat. feudal. Diss. III. §. ult. lit. k. Mehrere Nachrichten von diesem Niellius gibt *Abr.* WIELING in Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 7. Not. *) pag. 24. sq.

35) Vita *Ger.* NOODTII in fin. §. *Non possum*, Praefationi *Operum* eius adiecta.

auf die **culpae praestatio** angeben wollen, und diesen darin gesetzt, daß der Pfandgläubiger nur für **dolus** und **culpa sc. levis** hafte, der Commodatar aber nicht blos diese, sondern auch **culpa levissima** prästiren müsse. Ob nun gleich diese Noodtische Emendation nicht nur die *L.* 19. *Cod de pignorib.* sondern auch die Auctorität der Basiliken[36]) gegen sich hat, und daher mit Recht von Christfried Wächtler[37]) angegriffen wurde, so suchte dennoch Noodt seine Conjectur noch weiter[38]) zu bestärken, und erwarb sich dadurch mehrere Anhänger, welche seine Meinung nicht nur annahmen[39]), sondern auch ge-

36) Tom. IV. Lib. 25. Tit. 1. pag. 6. *Απαιτεῖ ἡ περὶ του ἐνεχύρου ἀγωγὴ δόλον και ῥαθημίαν, ὥς ἡ περὶ τοῦ ἐν χρήσει δοδέντος ἀγωγὴ, καὶ ἡ περὶ φυλακὴν ἀγωγή*, i. e. *Actio pigneratitia exigit dolum et negligentiam, sicut actio commodati, et actio de custodia.* Die Uebersetzung der Griechen ist zwar in den letztern Worten ganz unrichtig, wo sie unter der *custodia* das depositum verstehen wollen; man sieht aber doch soviel, daß das *ut*, *ὥς*, nicht soviel, als *at*, *ἀλλὰ*, sondern *sicut* heißen soll, wie solches *L.* 18. *pr. D. Commodati* gebraucht wird. Fabrot hat hier, statt den griechischen Text zu übersetzen, geradezu die Worte Ulpians beybehalten.

37) Notae ad *G.* Noodtii Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 4. in *Opuscul.* pag. 202.

38) Probabil. Lib. IV. cap. 3.

39) *Io. Ortw.* Westenberg Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 29. *Io. Gottl.* Heineccius in Annotation. ad Vinnii Commentar. in §. ult. I. Quib. mod. re contrah. obligat. nr. 5. *Iust. Henn.* Boehmer Iur. Dig. h. t. §. 6. *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CLIII. medit. 3. und *Christ. Henr.* Eckhard. Hermeneut. iuris Lib. I. §. 76. Not. *) pag. 85.

gen die neuern Anfechtungen des Wächtlers[40]) aus mehreren Gründen zu vertheidigen suchten[41]). Allein die ihr entgegenstehenden Zweifel sind auf keine befriedigende Art gelößt; sie wurde daher mit Recht von Huber[42]), Wieling[43]) und Walch[44]) verworfen. Eine andere Conjectur brachte zwar Pagenstecher[45]) zum Vorschein, welcher statt *ut*, durch Gemination *utut* lesen, und dieses durch obgleich übersetzen will. Allein dieser Emendation stehen die nämlichen Zweifel, wie der Noodtischen, entgegen. Die meisten neuern Rechtsgelehrten lesen daher die Worte des Textes unabgeändert, und streichen blos das Unterscheidungszeichen nach den Worten, *ut in commodato*; weg, und lesen: ut in commodato venit et custodia. Diese weichen aber wieder in ihren Erklärungen von ein-

40) Notae postum. ad *Ger.* Noodtii libr. IV. Probabil. iuris civ. in *Actis Eruditor. Lipsiens.* Mens. Novembr. Anni 1732. pag. 514. sqq.

41) Ducker in Observation. Miscell. Batav. Vol. III. Tom. I. pag. 123. (ut in Püttmanni Opuscul. iuridic. ex Observat. Miscell. Batav. in unum Volum. collect. *Halae* 1782. 8. pag. 39. sqq.) und *Adrian van* Dorp in Diss. ad loca quaedam iuris et alia Observationes. *Franequerae* 1760. Cap. 4. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. pag. 41.)

42) Eunom. Roman. ad L. 13. §. 1. D. h. t. pag. 541. sq.

43) Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 7.

44) Ad *Eckhardi* Hermeneut. iuris pag. 86. und in Introduct. in controvers. iuris civ. pag. 543. Not. *).

45) Adversar. Lib. II. cap. 10.

ander ab. Einige[46]) kommen darin mit Noodt überein, daß sie glauben, Ulpian habe hier den Unterschied zwischen pignus und commodatum in Absicht auf culpae praestatio angeben wollen. Der Sinn der bestrittenen Stelle sey also der: im Pfandcontract werde dolus und culpa levis, prästirt, gleichwie im Leihcontract, außer dolus und culpa levis, auch levissima prästirt werde, wie die Worte *ut et*, d. i. quemadmodum etiam deutlich genug anzeigten. Allein daß von einem solchen Unterschiede auch nicht eine Spur in dem Fragment zu finden sey, leuchtet in die Augen. Andere[47]) beziehen daher richtiger die Worte: *venit et custodia:* in Gemäßheit der *L.* 19. *Cod. de pignor.* auf die actio pigneratitia. Unter diesen hat Wächtler wohl am besten erklärt, wenn er sagt, Ulpian deute hier auf eine doppelte Pflicht des Pfandgläubigers, a) daß das Pfand bey ihm nicht deteriorirt werde; b) daß es auch nicht bey ihm verloren gehe. Wegen jener stehe er für culpa, sc. levis, wegen dieser aber für custodia, d. i. für culpa levissima. Aus allem ergibt sich übrigens soviel, daß man nicht nöthig habe, mit Schilter[48]) und Godefroi[49]) einen nicht zu

46) *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 6. und *Died. God.* LAMPRECHT Commentat. ad L. 13. D. de pign. act. *Goettingae* 1750. §. 13.

47) *Andr. Guil.* CRAMER Dispunction. juris civ. lib. sing. (*Suerin et Wismar.* 1792. 8.) Cap. 13. Not. rrr. pag. 118. *Christ. Guil.* WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. causar. damni praestandi. §. 6. pag. 63. und *Christfr.* WAECHTLER Opuscul. pag. 202.

48) Prax. Iur. Rom. Exercitat. XXVI. §. 6.

49) Commentar. in Tit. Pand. de div. regulis. iur. ad L. 23. D. eod. pag. 133. in fin.

vereinigenden Dissensus unter den römischen Juristen in dieser Lehre anzunehmen.

§. 868.

Verbindlichkeit des Pfandgläubigers zum Schadensersatz.

Geht nun das Pfand durch eine solche Culpa zu Grunde, für welche der Pfandgläubiger haften muß, so muß er zwar den Schaden, und alles Interesse ersetzen; allein er kann auch dasjenige abrechnen, was er selbst an Capital, Zinsen und aufgewandten Kosten zu fordern hat. *L. 7. Cod. h. t.* sagt: **Creditor, qui fundos et domos pignori vel hypothecae accepit, damnum in decidendis arboribus domibusque destruendis ab eo datum, in rationem debiti**[50]**) deducere cogitur. Et si dolo vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit: eo quoque nomine pigneratitia actione tenebitur, ut talem restituat, qualis fuerat tempore obligationis. Creditor autem necessarios sumtus, quos circa res pigneratitias fecit, exigere non prohibetur.**

Für die Unglücksfälle darf jedoch der Pfandgläubiger in der Regel nicht haften. Diese muß billig der Verpfänder allein tragen, da er das Eigenthum des Pfandes behält. Ein Anders wäre, wenn der Gläubiger die Unglücksfälle durch Vertrag übernommen hätte. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 6. Cod. h. t. **Quae** ***fortuitis casibus*** **accidunt,** ***cum praevideri non potuerint*****, (in quibus etiam ag-**

50) Cujacius in Recitat. solemn. in Cod. ad L. 7. h. t. und Westphal im Pfandrecht §. 31. Not. 50. halten das Wort *debiti* für überflüßig, allein dazu ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. Die Glosse erklärt die Worte *in rationem debiti* richtig compensationem debiti.

gressura latronum est) nullo bonae fidei iudicio praestantur: *et ideo creditor pignora, quae huiusmodi casu interierint, praestare non compellitur:* nec a petitione debiti submovetur, *nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.*

L. 9. *Cod. eodem.* Pignus *in bonis debitoris* permanere, *ideoque ipsi perire, in dubium non venit.* Cum igitur adseveras in horreis pignora deposita: consequens est, secundum ius perpetuum pignoribus debitori pereuntibus, (si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositae sint) personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere. Sollte jedoch der Unglücksfall durch contractswidrigen Gebrauch des Pfandes veranlaßt worden seyn, oder sollte sich gar der Gläubiger mit Unrecht und gegen den Willen des Schuldners ein Unterpfand an seinen Sachen angemaßt haben, so versteht es sich, daß er auch für den ungefähren Zufall haften muß, insofern derselbe eine Folge seiner unerlaubten Handlung war. Einen solchen Fall hat Paulus *L.* 30. *D. h. t.* Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit; postea flumen crevit, et ratem abstulit: si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse, respondit; sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim maiorem.

§. 869.

Verbindlichkeit zur Restitution des Pfandes. Lex commissoria.

Der Gläubiger ist II. das Pfand, dessen Besitz er erhalten hat, in Natur zurückzugeben schuldig, sobald die Schuld getilgt ist. Er muß nur vollkommen befriediget

seyn[51]). Ist dieses geschehen, so kann ihn von seiner Verbindlichkeit nichts befreyen, als wenn er klar beweißt, daß ihm das Eigenthum des Pfandes selbst zustehe, weil damit die Gültigkeit des Pfandcontracts nicht bestehen kann[52]). Dahingegen kommt dem Gläubiger die Einrede, daß das Pfand nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten zugehöre, nicht zu Statten. Denn diese betrifft die Rechte eines Dritten, wodurch keiner der Contrahenten sich befugt halten darf, die gegenseitigen Forderungen aus dem Contract abzulehnen. Ueberdem ist bekannt, daß der Pfandcontract sich nicht auf eigenthümliche Sachen des Schuldners beschränkt, sondern auch in Ansehung fremder Sachen wenigstens unter den contrahirenden Theilen seine rechtlichen Wirkungen behauptet[53]). Daher versagen die Gesetze auch sogar dem Diebe und Räuber die Klage aus dem Pfandcontracte nicht, wenn die Schuld getilgt ist, weil sie für die Sache haften müssen[54]). Eben so wenig kann auch der commissorische Vertrag den Gläubiger gegen die Verbindlichkeit schützen, das Pfand nach getilgter Schuld zurückzugeben. Man versteht unter dem commissorischen Vertrage[55]) überhaupt eine solche Ver-

51) *L.* 9. §. 3. *D. h. t.*

52) *L.* 45. *D. de div. reg. iuris.* Neque *pignus*, neque depositum, neque emtio, neque locatio *rei suae* consistere potest. S. Webers Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 2. u. 3. Stück. Nr. 14. S. 87. ff.

53) *L.* 9. §. 4. *D. h. t.*

54) *L.* 22. §. 2. *D. eodem.*

55) *Gottfr.* a IENA Diss. de lege commissoria. *Francof.* 1656. 4. *Mart. Gottl.* PAULI Diss. eiusd. arg. *Vitemb.* 1763. und *Ge. Frid.* KRAUSE Diss. de eod. arg. *Ibid.* 1766.

abredung, wodurch bey Schließung eines Contracts festgesetzt wird, daß derjenige Theil seines Rechts aus dem Contract verlustig seyn solle, welcher seiner Verbindlichkeit nicht zur bestimmten Zeit nachkommen würde. Bekanntlich geht das Recht eines Contrahenten der Regel nach darum noch nicht gleich verloren, weil er zur bestimmten Zeit seiner Verbindlichkeit kein Genüge geleistet hat[56]). Wenn

56) In dem römischen Recht wird dieser Vertrag *Lex commissoria* genannt. Das Wort *Lex* wird also hier für *pactum* genommen. Es kann aber auch eine gewisse Bestimmung andeuten, unter welcher sich Jemand zu diesem oder jenem anheischig macht, wie Weber in den Versuchen über das Civilrecht S. 359. ganz richtig bemerkt. Der bekannte Satz **pacta dant** ***legem*** **contractui**, rechtfertiget diese Erklärung vollkommen. So sagt ferner *L.* **60.** *D. de contrah. emt. vend.* **Lege venditionis comprehensum erat.** Was aber die Bedeutung des Worts *committere* anbetrifft, so sind deshalb die Ausleger nicht einerley Meinung. *Hug.* Donellus **in Commentar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 19.** erklärt dieses Wort so: **rem alterius arbitrio et potestati subiicere, ut sit eius electio, utrum contractum irritum facere, an valere velit sua lege contemta.** Andere z. B. Frantzke **in Comment. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 2.** und Mencken **in Diss. de lege commissoria iure reprobata §. 1. nr. 2.** erklären es durch **amittere, perdere.** Allein committere heißt hier eigentlich soviel, als etwas begehen oder gegen ein Gesetz handeln, welches den Verlust eines Rechts drohet. S. Brissonius **de Verbor. Signif. voc.** *Committere.* commissum wird daher dasjenige genannt, dessen sich Jemand durch pflichtwidrige Handlungen dergestalt verlustig gemacht hat, daß das verwirkte Recht dadurch an einen Andern fällt, wie aus **Tit. de publicanis, vectigalibus atque** *commissis* erhellet. S. *Ios.* Finestres **in Hermogeniano ad L. 7. D. de lege commiss. pag. 454.** In dem canonischen Recht kommt der Ausdruck

also z. B. ein Käufer das Kaufgeld nicht in dem bestimmten Termin bezahlt hat, so ist deshalb der Verkäufer nicht gleich berechtiget, auf die Aufhebung des Contracts zu klagen. Der Verkäufer bleibt immer noch an den einmal geschlossenen Handel gebunden, und kann gegen den Käufer nur auf die Erfüllung des Contracts klagen. Gesetzt aber, die Contrahenten hätten die Verabredung getroffen, daß wenn der Käufer das Kaufgeld nicht zur bestimmten Zeit berichtigen würde, der Contract sodann nicht weiter gelten solle, so sagt man, der Kauf sey **sub lege commissoria** geschlossen[57]). Wendet man dieses auf Verpfändungen an, so wird unter *Lex commissoria in pignore* derjenige Vertrag verstanden, wodurch ausbedungen wird, daß das Pfand, im Falle die Schuld nicht zur bestimmten Zeit wieder bezahlt werden würde, verfallen seyn, und dem Gläubiger, ohne weitern Verkauf, für die schuldige Summe eigenthümlich verbleiben solle[58]). In den Gesetzen der Pandecten geschieht

pactum legis commissoriae vor. *Cap.* 7. X. *de pignorib.* *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. XXI. Err. 1. *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. I. Thes. iuris Rom. pag. 31. und WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. Disput. XXXIV. Th. 16. erklären ihn geradezu für ungeräumt, eben so als wenn man sagen wollte, *pactum pacti commissorii.* Allein CUJACIUS in Comment. ad Tit. Cod. de pactis pignor. und *Corn. van* BYNKERSHOEK in libro sing. ad L. Lecta 40. D. de reb credit. cap. 11. pag. 92. haben die Ehre des Papstes zu retten gesucht. Sagt doch auch Kr. Alexander *L.* 4. *Cod. de pactis inter emt. et vendit.* commissoriae venditionis legem exercere.

57) *L.* 1. 2. *et* 4. *D. de lege commissoria.*

58) Von dem commissorischen Vertrage bey Verpfändungen handeln *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor.

dieses Vertrags bey Verpfändungen nirgends Erwähnung. Denn der bekannte Titel in den Pandecten de lege commissoria (XVIII. 3.) handelt blos von dem commissorischen Vertrage beym Kaufcontract. Daß indessen dieser Vertrag ehemals auch bey Verpfändungen für erlaubt gehalten worden, und auch sogar bei Hypotheken üblich gewesen sey, lehrt eine Stelle des Cicero[59]), in welcher von

Decad. XXI. Err. 1—5. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum.* Lib. III. Tract. 13. Qu. 1—4. *Iac.* MAESTERTIUS Tr. de lege commissoria in pignoribus. *Lugd. Batav.* 1639. *Io. Guil.* ENGELBRECHT Diss. de lege commissoria contractui pignoratitio illicite, et emtioni venditioni aliisque contractibus licite adjecta. *Helmstadii* 1729. *Io. Guil. van* MUSSCHENBROECK Spec. iurid. inaug. de lege commissoria in pignore. *Lugd. Batav.* 1752. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Diss. iuridicar. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. X. pag. 633. sqq.) Ad. Diet. Webers kurze Erörterung der Frage: Wie weit erstreckt sich eigentlich bey Verpfändungen das Verbot der Lex commissoria? In Desselben Versuchen über das Civilrecht Nr. V. S. 351. ff. (auch in des D. Koppe niedersächsischem Archiv für Jurisprudenz und Literatur 1. B. 3. St. Nr. 14. S. 160. ff.) und Otto Ludw. von Eichmann rechtl. Anmerkungen von der Uebereinstimmung und Verschiedenheit einiger Rechte in Ansehung der L. commissoria, wenn etwas verpfändet wird; (in Desselben Sammlung kleiner Abhandlungen. Nr. XIX.) die irrigen Ideen des Cujaz und Anton Fabers von der L. commissoria bey Verpfändungen, welche behaupten, sie sey zum Besten des Schuldners dem alten contractus fiduciae beygefügt worden, hat Westphal im Pfandrecht §. 260. Not. 292. S. 379. ausführlich widerlegt. Man sehe auch *Franc. Car.* CONRADI de pacto fiduciae Exercit. I. §. 20.

59) *Epistol. famil.* Lib. XIII. Epist. 56. Philotes Alabandensis ὑποθήκας Cluvio dedit. *Hae commissae sunt.* Cures velim,

hypothecis commissis die Rede ist, die wegen ausgebliebener Bezahlung der Schuld an den Gläubiger verfallen waren, und zu deren Ueberlassung daher der Schuldner von dem Proprätor, an welchen deshalb Cicero schrieb, angehalten werden sollte. Weil jedoch dieser Vertrag wegen der Härte und Habsucht der Gläubiger für die Schuldner sehr nachtheilig war, so ist derselbe, um alle unbillige Bedrückungen und Bevortheilungen, denen sie von Seiten der Gläubiger ausgesetzt waren, in Zukunft zu verhüten, in dem neuern römischen Recht gänzlich verboten worden. Merkwürdig ist deshalb die Verordnung des Kaisers Constantin des Großen, *L.* 3. *Cod. de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda* vom Jahr 326. oder eigentlich 320.[60]), worüber Jac. Gothofre-

ut de hypothecis decedat, easque procuratoribus Cluvii tradat, aut pecuniam solvat. Philotes hatte seinem Gläubiger Cluvius Hypothek unter der Bedingung gegeben, daß dieselbe, wenn die Schuld zur bestimmten Zeit nicht abgetragen werden würde, dem Gläubiger für die Schuld eigenthümlich verbleiben solle. Da der Schuldner am Zahlungstage nicht erschienen war, so war die Bedingung eingetreten, und die Hypothek an den Gläubiger verfallen. Cluvius bestand indessen nicht auf die Strenge des Vertrags, sondern wollte davon abstehen, wenn ihm noch die Schuld bezahlt würde. Daher kommt hier die Alternative, ihm entweder die Hypothek eigenthümlich einzuräumen, oder die Schuld zu bezahlen. S. MUSSCHENBROECK cit. Diss. Cap. 2. pag. 652.

60) In dem Justinianeischen Codex lautet die Unterschrift zwar: *Datum* 2. *Calendar. Februar. Serdicae.* CONSTANTINO *A.* 7. *et* CONSTANTIO *C. Coss.* 326. Allein richtiger im Theodosianischen Codex Lib. III. Tit. 2. Tom. I. pag. 290. der Ritterschen Ausgabe so: *Dat. pridie*

dus[61]) mit der ihm eigenen Gelehrsamkeit commentirt hat. Quoniam inter alias captiones, so lauten die Worte: praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, *placet infirmari eam, et in posterum omnem eius memoriam aboleri.* Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. *Creditores enim re amissa iubemus recuperare*[62]), *quod dederunt.* Vermöge dieser Verordnung sollen also die Gläubiger des sich angemaßten Eigenthums des Pfandes, jedoch nicht des Pfandrechts selbst, verlustig seyn, und sich dem Verlangen der Schuldner auf keine Weise widersetzen, wenn diese, gegen Bezahlung der Hauptschuld sammt Zinsen und Kosten, das Pfand wieder einlösen wollen. Es ergibt sich hieraus nicht nur, worin das Wesen des commissorischen Vertrags bey Verpfändungen besteht[63]): son-

Calendar. Febr. Sardicae Constantino *A. VI. et* Constantio *Caes. Coss.* 320. S. *Iac.* Gothofredi Chronologia Codicis Theodosiani Tom. I. pag. XVIII. und *van* Musschenbroeck Dissert. cit. Cap. 3. pag. 665. sq.

61) Cod. Theod. Lib. III. Tit. 2. de commissoria rescindenda. Tom. I. pag. 290. sqq.

62) Im Theodosianischen Codex wird hier der schicklichere Ausdruck *recipere* gebraucht.

63) Zur mehreren Bestärkung können auch hier die *Basilica* Tom. IV. pag. 82. dienen, wo das Wesentliche der *L.* 3. *Cod. de pact. pign.* in folgenden Worten zusammengefaßt ist: *Ἐὰν εἴπῃ ὁ δανειστὴς ὅτι εἰ μὴ καταβληθείη μοι το χρέοστ ἐντὸστ τοδδε τοῦ χρόνου, δεσπότηστ ἔσομαι τοῦ ἐνεχύρου, τοῦτο τὸ σύμφωνον ανισχυρον ἔστω.* i. e. *Si*

dern es ist auch zugleich daraus klar zu ersehen, daß dieser Vertrag vor Constantin dem Großen noch nicht verboten gewesen, sondern vielmehr bey Verpfändungen sehr gewöhnlich gewesen sey. Zwar wollen dennoch einige[64]) das Gegentheil aus *L.* 1. *Cod. eodem.* erweisen, wo der Kaiser Alexander rescribirt: Qui pactus est: *Nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, solveret, cessurum se creditoribus*, hypothecae venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. Communi itaque iure creditor hypothecam vendere debet. Allein hier ist nicht vom commissorischen Vertrage die Rede, sondern es wird dort blos der Streit über den Sinn und die Absicht eines Vertrags entschieden, welcher den Verkauf des Pfandes betrifft[65]), wie Godefroi[66])

creditor pactus fuerit, ut si ad diem pecunia soluta non sit, pignus ei adquiratur, pactum iustum et ratum non est.

64) *de* IENA de lege commissoria §. 15. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXVI. §. 7. Allein man sehe *van* MUSSCHENBROECK cit. Diss. Cap. 2. pag. 647. sqq. und LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLVIII. medit. 1.

65) Noch deutlicher erhellet dieß aus den *Basilicis* Tom. IV. pag. 82. wo die *L.* 1. so übersetzt ist: *Εὰν συμφωνησῃ τις πρὸς τόν δανειστὴν, ὅτι εἰ μὴ καταβαλῃ ἔντος τοδδε τοῦ χρὸνου, παραχωρεῖ τὰς ὑποθήκας, οὐ δοκεῖ πιπράσκειν αυτῷ, ἀλλὰ τὸ κατὰ πάντων δίκαιον διδόναι αὐτω, τουτ᾽ ἔστι τὸ εξεῖναι πιπρασκειν αὐτῷ.* i. e. *Si quis cum creditore pactus sit, ut pecunia ad diem certam non soluta pignus cedat creditori, non videtur ipsi vendere, sed adversus omnes ius ipsi concedere, hoc est, facultatem distrahendi pignoris.*

66) Comm. ad L. un. Cod. Theod. de commissoria rescind. Tom. I. pag. 293. der Ritter. Ausgabe.

und Muschenbrök[67]) ausführlich gezeigt haben[68]). Der commissorische Vertrag ist nun also bey Verpfändungen schlechterdings verboten und für ungültig erklärt. Es ist auch kein Unterschied, er mag gleich anfangs bey Eingehung des Pfandcontracts, oder erst in der Folge geschlossen worden seyn, weil die Noth eines Schuldners, der nicht Zahlung leisten kann, eben so gut, als die Verlegenheit dessen, der erst Geld aufnehmen will, Veranlassung zur Eingehung eines so nachtheiligen Vertrags werden kann, das Gesetz aber durchaus nicht will, daß die Gläubiger sich die Verlegenheit der Schuldner zu Nutze machen sollen, um sie um das Ihrige zu bringen[69]). Es entsteht

67) Cit. Diss. Cap. 2. pag. 658. sq.

68) Man vergleiche noch Raguelli Commentar. ad rescripta Alexandri Severi ad L. 1. Cod. de pact. pign. und Hotomann. Observation. Lib. X. cap. 10.

69) S. Voet Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 25. Brunnemann Commentar. ad L. 3. Cod. de pactis pignor. nr. 8. Walch Introduct. in controv. iuris civ. pag. 542. und Westphals Pfandrecht §. 260. Not. 292. S. 378. Andere Ansichten haben *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXI. Err. 2. Bachov de pignorib. Lib. I. Cap. 16. nr. 4. und Thibaut im System des Pandectenrechts 2. Th. §. 649. Allein die *L.* 13. *Cod. de pignorib.* steht unserer Meinung nicht entgegen. Das Gesetz sagt nur, daß der Schuldner, wenn er das Pfand verkaufen will, solches dem Gläubiger an Zahlungsstatt überlassen könne, welches auch durch mehrere andere Gesetze bestätiget wird. *L.* 12. *D. de distract. pignor. L.* 20. *§. ult. L.* 34. *D. de pign. act. L.* 7. *§.* 6. *D. de donat. int. vir. et uxor. L.* 10. *Cod. de distract. pignor.* S. *Ant.* Schulting in Iurisprud. Antejustin. pag. 284. not. 14. und Westphals Pfandrecht §. 194. Not. 215. S. 289.

aber hier die Frage, ob nicht der commissorische Vertrag bey Verpfändungen dadurch gültig werde, wenn er mittelst Eides bekräftiget worden? Die Rechtsgelehrten sind darüber sehr verschiedener Meinung. Einige[70]) glauben, daß nach dem canonischen Rechte die Frage zu bejahen, und nur der Fall auszunehmen sey, wenn der Schuldner, um seinem eidlichen Versprechen nachzukommen, zwar alle Anstalt zur Einlösung des Pfandes getroffen hatte, dennoch aber ohne seine Schuld das Geld nicht zur rechten Zeit in die Hände des Gläubigers gekommen ist. Blos auf diesen Fall gehe das *cap*. 7. *X. de pignorib*. worin es heißt: **Significante Rotberto, cive Pisano nobis innotuit, quod, cum domum suam G. Pisano civi pro CCL. libris pignori obligasset, ac promisisset praestito iuramento, quod, nisi domum ipsam statuto termino recolligeret (i. e. redimeret), creditorem ulterius super eo minime molestaret; et intra statutum tempus per certum et fidelem nuntium, prout ei videbatur, creditori pecuniam numeratam remisit, quam idem nuntius infideliter agens, sicut ei iniunctum fuerat, non persolvit: et postmodum idem R. ab Imperatore detentus, multa pericula sustinuit, et labores, nec dicto G. satisfacere potuit, ut debuit. (Nunc per Dei gratiam libertati pristinae restitutus,**

70) BRUNNEMANN Commentar. ad L. 3. C. de pact. pignor. nr. 11. SCHLEIERMACHER Diss. de pacto commissorio in pignore. *Giessae* 1702. §. 20. *Frid*. BEHMERI novum ius controversum Tom. II. Obs. 137. *Reinh*. BACHOVIUS de pignorib. et hypothecis Lib. I. cap. 16. und Adolph Diet. Webers systemat. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 122. Not. 3. S. 540. f.

paratus est pecuniam reddere creditori, licet ipse prorsus recusaret recipere, quia ei non fuerit statuto termino persoluta.) *Cum igitur pactum legis commissoriae sit in pignoribus improbatum*, et praedictus R. quantum in eo fuit, iuramenti debitum adimpleverit; cum per eum, quem certum nuntium esse sperabat, pecuniam remiserit termino statuto, sed, dum fuit in captione detentus, satisfacere non potuit creditori, mandamus, quatenus, si est ita, praedictum creditorum, ut sorte sua contentus existat, pensionibus praefati pignoris computatis in eam, et domum illam praefato R. omni dilatione postposita, resignet, pacto tali vel iuramento nequaquam obstante, censura ecclesiastica cogatis. Allein es ist hier nicht aus der Acht zu lassen, daß der Papst Innocenz III. in dessen von Balnze herausgegebenen Briefen Lib. I. Epist. 33. diese Decretale noch ganz befindlich ist, zwey Entscheidungsgründe anführt, von welchen der obenan steht, daß der commissorische Vertrag gesetzlich verboten ist; der andere aber, daß der Schuldner sich auch keines Verzugs schuldig gemacht habe, nur zur mehreren Bestärkung der päpstlichen Entscheidung ist beygefügt worden. Sollte nun auch der letztere Grund nicht in jedem Falle für den Schuldner sprechen, so folgt doch daraus noch nicht, daß nun auch die päpstliche Verordnung selbst nicht anwendlich sey, weil ja der erste Grund, welchen das Gesetz als den Hauptgrund anführt, noch immer vollgültig bleibt. Denn es ist bekannt, daß wenn ein Gesetz auf mehreren Gründen zugleich beruhet, und auch einer dieser Gründe wegfällt, das Gesetz dennoch durch die übrigen eben so seine Gültigkeit behält, als wenn diese Gründe anfangs nur allein vorhanden gewesen wären, wie Thi-

haut[71]) durch mehrere Beyspiele ganz einleuchtend gezeigt hat. Mit Recht halten daher andere Rechtsgelehrten[72]) den commissorischen Vertrag bey Verpfändungen in Gemäßheit des angeführten Textes für ungültig, wenn er auch durch einen Eid bekräftiget worden wäre. Zwar wollen Einige[73]) noch einen Unterschied gemacht wissen, ob unter dem commissorischen Vertrage ein unerlaubter Zinswucher verborgen sey, oder nicht. Nur in dem ersten Falle soll der Vertrag auch selbst nach dem canonischen Rechte des Eides ungeachtet unverbindlich seyn, in dem letztern aber soll er wegen des hinzugekommenen Eides gelten. Allein da sich nicht wohl annehmen läßt, daß gerade um des unerlaubten Zinswuchers willen der commissorische Vertrag von den Gesetzen verboten worden sey, so läßt sich von diesem Unterschiede um so weniger ein Gebrauch machen, als auch das canonische Recht dazu keine Veranlassung gibt. Daß das Verbot des commissorischen Vertrages auch noch heutzutage vollkommene Gültigkeit habe, läßt sich auf keine Weise bezweifeln, da nicht nur die ältern

71) Theorie der logischen Auslegung §. 25. S. 108.

72) *Ant.* MERENDA Controversiar. iuris Lib. I. cap. 3. *Iust. Henn.* BOEHMER Iur. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. 24. §. 25. *Ant.* FABER de Errorib. pragmaticor. Decad. XXI. Err. 8. STRYCK Us. Mod. Pand. h. t. §. 9. MALBLANK Doctr. de iureiurando §. 118., pag. 511. Not. 176. *de* SELCHOW Elem. iuris germ. §. 458. Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte. 2. Th. §. 212. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band. Medit. 288. und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. B. §. 221. S. 350.

73) ERXLEBEN Princip. de pignorib. et hypoth. §. 118.

deutschen Gesetze[74]), sondern auch die neuern Gesetzgebungen[75]) dasselbe bestätigt haben. Von dem commissorischen Vertrage ist jedoch die Verabredung zu unterscheiden, daß dem Gläubiger die verpfändete Sache im Falle nicht gehörig erfolgter Zahlung für einen dereinst zu bestimmenden billigen Preis käuflich verbleiben solle. Eine solche Verabredung zu treffen, ist in den Gesetzen nirgends verboten, vielmehr wird sie als ein bedingter Kauf ausdrücklich erlaubt. Marcian sagt *L.* 16. §. *ult. D. de pignor.* **Potest ita fieri pignoris datio, hypothecaeve,** ***ut, si intra certum tempus non sit soluta, pecunia, iure emtoris possideat rem, iusto pretio tunc aestimandam:*** **hoc**

74) R. Polizey-Ordn. vom J. 1577. Tit. 20. §. 5. „Und dieweil man in Erfahrung kommt, daß die Juden mit den Christen sondere Geding machen, da die eingesetzte Pfand in benannter Zeit nicht gelößt würden, daß alsdann dieselbige ihnen verfallen seyn sollten. Wenn aber dasselbig den Rechten zuwider, so ordnen wir, daß solche Geding verboten, und nichtig seyn sollen ꝛc.

75) *Code Napoléon* Art. 2078. Toute clause, qui autoriserait le creancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans le formalités ci-dessus, est nulle. S. Jac. von Maleville Commentar über das Gesetzbuch Napoleons, übersetzt von Blanchard 4. Bd. S. 166. und Brauers Erläuterungen über den Code Napoleon 4r Bd. S. 92. ff. Außerdem noch das allgem. Preußische Landrecht 1. Th. 20. Tit. §. 33. Würtembergisches Landrecht 2. Th. 7. Th. S. Ludw. Fried. Griesingers Commentar 1. Bd. S. 445. ff. Mehrere Beyspiele führt an *Christ. Gottl.* Riccius in Problem. iuris germ. Num pactum commissorium circa pignora in Germanorum fora — rursus sit invehendum et approbandum? *Ienae* 1743. 4. §. 18.

enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio: et ita Divus SEVERUS et ANTONINUS rescripserunt. Man wendet zwar ein, daß auch diese Verabredung unläugbar als eine Gattung des commissorischen Vertrags anzusehen, und daher unter dem allgemeinen Verbote der *L.* 3. Cod. de pactis pignor. begriffen sey, welcher das Gesetz der Pandecten auf jeden Fall weichen müsse[76]). Allein dann müßte man ja die Verfasser der Pandecten der größten Unachtsamkeit und Pflichtvergessenheit beschuldigen, daß sie Fragmente aus den Schriften der Rechtsgelehrten, welche den commissorischen Vertrag begünstigen, in die Pandecten aufzunehmen, und hierdurch das Andenken eines Vertrags zu erneuern kein Bedenken getragen hätten, welches die Verordnung des Kaisers Constantin, die sie doch gewiß schon dem ersten Codex des Kaisers Justinian einverleibt hatten, gänzlich vertilgt wissen wollte. Sodann aber ist noch die Frage, ob die gegenwärtige Verabredung wirklich für eine Art des commissorischen Vertrags zu halten sey? woran sich mit Grund zweifeln läßt, wenn man erwägt, daß das Wesen des commissorischen Vertrags eigentlich darin besteht, wenn sich der Schuldner dem Gläubiger verbindlich macht, daß ihm, wofern die Schuld nicht zur bestimmten Zeit bezahlt werden würde, das Pfand, ohne weitern Kauf, für die schuldige Summe eigenthümlich verbleiben solle. Dieses ist nun aber bey der Verabredung, wovon die *L.* 16. *cit.* redet, der Fall gar nicht, indem hier der Gläubiger das Pfand vermöge eines neuen Contracts um einen durch

76) S. Webers angeführte Abhandlung §. 7. u. 8. in Desselben Versuchen §. 365. ff.

billige Taxe zu bestimmenden Preis erhält, wobey also die Besorgniß einer Vervortheilung gar nicht entstehen kann. Die meisten Rechtsgelehrten [77]) unterscheiden daher mit Recht diese Verabredung von dem commissorischen Vertrage, und halten sie auch noch jetzt für erlaubt. Eben dieses Unterschiedes wegen, soll, wie Wissenbach [78]) behauptet, und auch schon Bachov [79]) vermuthete, denen Huber [80]) ebenfalls beypflichtet, Tribonian die Worte: *iusto pretio tunc aestimandam* beygefügt haben, weil zu

77) S. *Franc* Balduinus de pignoribus cap. 17. *Iac.* Gothofredus in Comm. ad L. un. Cod. Theod. de commissoria resc. Tom. I. pag. 293. sq. *Reinh.* Bachovius de pignorib. Lib. I. cap. 16. nr. 9. *Hubert.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. ult. de pact. pignor. T. II. pag. 401. *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit 1. §. 15. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. Lib. XVIII. Tit. 1. *Operum.* T. II. pag. 389. *Io. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 32. *Guil.* Best Ratio emendandi leges Cap. XXI. §. 5. et 6. *van* Muschenbroeck cit. Specim. de lege commissoria in pignore Cap. 2. pag. 657. *Io. Bernh. Ernst.* Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. Lib. XIII. Tit. 7. Qu. 10. not. f. Westphal im Pfandrecht §. 194. *Iul. Frid.* Malblank Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 571. *Christ. Aug.* Günther Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 684. Thibaut Syst. des P. R. T. II. §. 649. und Christ. Gottl. Gmelin von Aufsätzen über Verträge, insonderheit von Schuld- und Pfandverschreibungen. §. 64. S. 131. f.

78) Emblemata Triboniani. Cap. IV. init. pag. 46. edit. *Halens.* 1736. 8.

79) Tr. de pignorib. Lib. I. cap. 16. nr. 9. pag. 81.

80) Eunomia Rom. Lib. XX. ad L. 19. §. ult. D. de pign. et hypoth.

Marcians Zeiten der commissorische Vertrag auch bey Verpfändungen noch unbedingt gültig war. Dieses wäre denn ein neues Argument, die mehr gedachte Verabredung von dem Verbote des commissorischen Vertrages auszunehmen. Es hält indessen Johann Wybo[81]) ein solches Emblema anzunehmen nicht einmal für nöthig, weil der Unterschied schon an sich einleuchtet, überdem auch die Entscheidung durch ein Rescript der Kaiser Sever und Antonin bestärkt wird. Ob aber der Vertrag auch dann gültig sey, wenn ausbedungen worden, daß das Pfand dem Gläubiger für einen schon jetzt, zur Zeit des Vertrags, bestimmten Preis auf den Fall verkauft seyn solle, da der Schuldner nicht zur gesetzlichen Zeit Zahlung leisten würde, ist streitiger. Einige[82]) erklären denselben, dem commissorischen Vertrage gleich, für schlechterdings ungültig. Allein ist der in dem Vertrage bestimmte Preis so billig, daß der Schuldner nichts dabey verliert; so läßt sich gegen die Gültigkeit desselben mit Grund nichts einwenden[83]). Der Grund des Gesetzes ist auch hier noch treffender, als in jenem Falle, da der Preis erst bestimmt werden soll, wenn die Bedingung eintritt. Denn hier ist wirklich ein bedingter Kauf geschlossen worden. Dort konnte nur

81) De Triboniano ab Emblematibus Wissenbachii liberato. Cap. IV. §. 1. pag. 283. *edit. Halens.*

82) Huber Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 15. Wernher Observat. for. Tom. III. P. IV. Obs. 62.

83) Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CLVIII. Cor. 1. Westphals Pfandrecht §. 194. Not. 216. a. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 63. S. 130. Thibaut System des P. R. 2. B. §. 649. a. E.

gesagt werden: *videtur* QUODAMMODO *conditionalis esse venditio*, weil es noch an der Bestimmung des Preises fehlte, welche zu einem eigentlichen Kaufcontract erforderlich ist. Wilhelm Best[84]) hat daher diese Stelle sehr gut erläutert, wenn er sagt: Sed quid sibi vult istud *quodammodo?* Soliusne modestiae est particula, non vero necessitatis? Imo necessitatis. Indicat enim illa vox, hoc pactum proprie non esse *conditionalem venditionem*. Eiusque rei ratio non est valde abscura. Conventio illa appellatur *venditio quodammodo conditionalis*, quia per omnia venditioni sub conditione factae non est similis; cum, quia pretii certi non est promissio, quod tamen requiritur, ut emtio omnibus suis numeris constet[85]); tum quia hic alius contractus, pigneratitius nempe, praecedit, et intentio utriusque non tam in eo est, ut venditio contrahatur, quam ut deditum solvatur, et restituatur pignus[86]). Movit itaque ICtum, et Imperatores, ut hoc pactum confirmarent, novus emtionis contractus, qui huic pacto inhaeret, et ex postfacto, si perficiatur, omnem metum fraudis excludit. Noch ist zu bemerken, daß auch in der Praxis für die Gültigkeit des Vertrags, vermöge welchem der Gläubiger, bey ausbleibender Bezahlung der Schuld, das Pfand für einen jetzt oder dereinst zu bestimmenden Preis käuflich behalten solle, häufig gesprochen worden ist[87]).

84) Ratio emendandi Leges Cap. XXI. §. 6.

85) §. 1. *I. de contrah. emt.* *L.* 7. §. 1. *D. eodem.*

86) Arg. *L.* 80. *fin. D. de contrah. emt.* *L.* 12. *D. ad SCtum Macedon.* *L.* 58. §. 2. *D. pro socio.*

87) S. *Io. Ulr. de* CRAMER Observ. iuris. univ. Tom. I. Obs. 434. LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 11. und Ernst

Aus gleichen Gründen ist von dem Verbote des commissorischen Vertrags diejenige Verabredung auszunehmen, vermöge welcher ausgemacht wird, daß das Pfand dem für den säumigen Schuldner zahlenden Bürgen um einen billigen Preis käuflich verbleiben solle. Von diesem Vertrage, als einem erlaubten bedingten Kaufe, handelt *L. ult. D. de contrah. emt. vendit.* wo Scävola sagt: Titius, cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fideiussorem Lucium, cui promisit, *intra triennium proximum se eum liberaturum, quod si id non fecerit die suprascripta, et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia*[88]) *emta esse, quae creditoribus*[89]) *obligaverat:* Quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, emta haberet suprascripta praedia? Respondit[90]), *si non ut in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est*[91]) *et contractum esse obligationem.* Der Fall, den hier Scävola entscheidet, war eigentlich folgender. Ein Schuldner hatte seinem Gläubiger nicht

Ferd. Kleins Annalen der Gesetzgebung u. Rechtsgelehrsamkeit in den preuß. Staaten 18. Bd. S. 266. ff.

88) *Guil.* Best Ratio emendandi Leges Cap. 21. §. 10. glaubt, daß hier das Wort ei noch einzuschalten sey, scil. Lucio fideiussori.

89) Haloander lieset hier: *creditori*, allein *Guil.* Best c. l. besser *creditori suo*.

90) Statt *Respondit*, lesen Haloander u. Baudoza besser *Respondi*, womit auch der Erlanger Codex übereinstimmt.

91) Statt *facta est, et* will *Guil.* Best c. l. pag. 310. lieber *facta esset* lesen. Eben so Brenkmann in dem Gebauerischen Corpus iuris ad h. L.

nur Grundstücke zum Pfande, sondern auch zugleich einen Bürgen zur Sicherheit gegeben. Dem Bürgen hatte er jedoch versprochen, daß er binnen einer bestimmten Zeit von der Bürgschaft wieder frey gemacht werden sollte; auf den Fall aber, da er sein Versprechen nicht erfüllen, und der Bürge für den Schuldner bezahlt haben würde, war verabredet worden, daß die dem Gläubiger verpfändeten Grundstücke dem Bürgen käuflich zufallen sollten. Nun hielt der Schuldner sein Wort nicht, der Bürge aber hatte für denselben bezahlt. Es fragte sich also, ob der Bürge den auf diesen Fall bedungenen Kauf geltend machen könne? Scävola entscheidet, der Vertrag sey gültig, wenn die Meinung der Interessenten sey, daß der Bürge auf den bedungenen Fall die verpfändeten Grundstücke für einen billigen Preis käuflich erhalten solle; ungültig hingegen, wenn die Absicht der Interessenten dahin gehe, daß der Bürge die Hypothek blos für dasjenige, was er dem Gläubiger für den Schuldner bezahlt hat, zum Eigenthum bekommen solle. Ganz richtig. Denn in dem letztern Falle ist der commissorische Vertrag unverkennbar. Daß hier nicht dem Gläubiger selbst, sondern einem Dritten das Pfand zufällt, macht keinen Unterschied. Wie leicht könnte sonst das gesetzliche Verbot durch Einverständniß mit dem Bürgen vereitelt werden? Ueberdem wird ja auch der Bürge, welcher für den Schuldner bezahlt hat, desselben Gläubiger. Daß er aber doch ein neuer Gläubiger sey, wie Anton Faber[92]) hier einwenden will, entscheidet hier eben so wenig, als das Vorurtheil, daß der Bürge mehr, als der Gläubiger, zu begünstigen sey. Allein in dem ersten Falle gilt der Ver-

92) Rational. in Pand. ad L. ult. pr. D. de contrah. E. V.

trag als ein bedingter Kauf, und hier ist es denn ganz gleichgültig, ob er mit dem Gläubiger selbst oder mit dem Bürgen geschlossen wird, weil der Schuldner dabey keinen Schaden leidet, indem aus dem Werthe der Sache die Schuld berichtiget, und der Ueberschuß an den Schuldner herausgezahlt wird. So erklären diese Stelle Franz Balduin[93]), Jacob Gothofredus[94]), Hubert Giphanius[95]), Johann Voet[96]), Wilhelm Best[97]), und Johann Wilhelm van Muschenbrök[98]). Ist diese Erklärung richtig, worüber wohl kein gegründeter Zweifel entstehen kann, so hat Scävola hier den Unterschied des Vertrags, über dessen Gültigkeit er entschied, von dem commissorischen deutlich genug dargelegt, und es ist daher offenbar unrichtig, wenn man jene Verabredung unter das Verbot des letztern Vertrages ziehen, und behaupten will, daß das Gesetz der Pandecten durch die *L. ult. Cod. de pactis pignorum* sey aufgehoben worden[99]).

93) De pignorib. et hypoth. cap. 17. in fin.

94) Commentar. ad L. un. Cod. Theodos. de commissor. rescind. Tom. I. pag. 294.

95) Explanat. difficilior. et celebrior. Legum Codicit Libr. VIII. ad L. 3. de pactis pignorum pag. 399.

96) Commentar. ad. Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 25. in fin.

97) Ratio emendandi LL. cap. XXI. §. 7—12. pag. 306. sqq.

98) Cit. Specim. de lege commiss. in pignore Cap. II. in *Ger.* Oelrichs *Thes. nov. Dissert. Belgic.* Vol. I. T. II. pag. 656. sq.

99) Hierin stimmen auch Westphal im Pfandrecht §. 260. Not. 292. Nr. 3. S. 379. f. *de* Cocceji in iure civ. controv. h. t. Qu. 10. Emminghaus ad *Eundem* not. f. und Thibaut im System des Pandectenrechts 2. Th. §. 649. a. E. ein.

§. 870.

Vom antichretischen Vertrage.

Zu den Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers gehört ferner III. daß, wenn das Pfand eine fruchttragende Sache ist, derselbe wegen der sowohl gezogenen als vernachläßigten Früchte Rechnung ablege[100]). Diese Verbindlichkeit fällt jedoch weg, wenn dem Pfandcontract der antichretische Vertrag ist angehängt worden. Es wird darunter derjenige Vertrag verstanden, wodurch dem Gläubiger die Benutzung der verpfändeten Sache dergestalt ist eingeräumt worden, daß er die Früchte, statt der ihm gebührenden Zinsen, jährlich genießen soll[1]). Die Benen-

100) *L.* 1. *L.* 3. *Cod. h. t.*

1) Es sind hier folgende Schriften zu bemerken: *Wolf. Ad.* LAUTERBACH Disquisit. de iure *αντιχρησεως*. *Tübingae* 1654. *Henr.* COCCEJI Disput. de antichresi. *Heidelbergae* 1678. (in EJUS *Exercitat.* Vol. 1. nr. 29.) *Io. Phil.* STREIT Diss. de antichresi. *Erford.* 1706. *Io. Guil.* MAN Diss. de pacto antichretico. *Ultrajecti* 1709. *Hug. Franc.* HUNOLD Diss. de pacto pignoris antichretico. *Erfordiae* 1721. *Conr. Wilh.* STRECKER Diss. de pacto antichretico. *Erf.* 1726. *Henr.* BROKES Diss. de antichresi, quatenus est usurariae pravitatis involucrum, cautelis eliminanda. *Vitembergae* 1734. *Ern. Io. Frid.* MANTZEL Positiones inaug. de limitibus contractus antichretici. *Rostochii* 1738. *Aug. a* LEYSER de pignore antichretico, in EIUS *Meditat. ad Pand.* Specim. CLVII. *Hier. Frid.* SCHORCH Pr. de usu pignoris a debitore loco usurarum concesso. *Erf.* 1748. Christ. Fried. Lönne v. Lüttichau Jurist. mathemat. Untersuchung der Lehre vom nutzbaren Unterpfand; (in Desselben vermischten jurist. mathematischen Abhandlungen. Altona 1769. 8.) Nr. I. *God. Dan.* HOFFMANN ICtus mathematicus et in specie analysta circa antichresin. *Tüb.* 1767.

nung selbst stammt aus dem Griechischen her. Man ist indessen noch nicht einig, ob man sie von dem Worte χρησαι, welches soviel, als *utendum dare*, heißt, oder von χρησθαι, *utendum accipere*, seu *uti*, ableiten soll[2]). Soviel ist gewiß, daß das Wort: *antichresis* der Etymologie nach soviel als mutuus usus, Gegennutzung, heißt; und wird theils für den Vertrag genommen, wodurch ein gegenseitiger Gebrauch verschiedener Sachen unter den Partheyen bedungen worden ist, theils für das durch einen solchen Vertrag erworbene Gebrauchsrecht, theils für den Gegenstand desselben oder die Sache selbst, welche mittelst eines solchen Vertrags dem Andern eingeräumt worden ist. Dieser Vertrag ist zwar bey dem Pfandcontract am gewöhnlichsten, aber doch demselben nicht so eigen, daß er nicht auch bey andern Geschäften geschlossen werden könnte. Denn die Natur der Antichryse besteht nicht darin, daß der Gläubiger Sicherheit erhalte, sondern daß er die Früchte einer Sache statt der Zinsen genießen solle. Sie kann daher auch ohne die Verpfändung der Sache gedacht werden, und bey allen und jeden Contracten, sowohl benannten als unbenannten, Statt haben, in welchen sich die Contrahenten den gegenseitigen Gebrauch verschiedener

Sam. Reinh. WEBER Tract. iurid. mathemat. de pacto antichretico. *Goettingae* 1772. *Garlieb* HANKER Diss. de vera indole et natura Antichreseos. *Giessae* 1783. und Georg Happel die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder, und antichretischen Versatze besonders bey ausgebrochenem Concurse. Giessen u. Darmstadt 1802. 8.

2) S. *Claud.* SALMASIUS Tr. de modo usurarum cap. 14. *Arn.* VINNIUS, Select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 7. *Ger.* NOODT Observation. Lib. II. cap. 9.

Sachen ausbedingen [3]). Die Beyspiele, welche wir in den Gesetzen [4]) von einer solchen Antichresis finden, wobey keine Verpfändung geschehen ist, setzen dieses außer Zweifel. Viele [5]) behaupten zwar dennoch mit Cujaz [6]) das Gegentheil, welcher lehrt: *ἀντίχρησις est species pignoris ita dati, ut donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur fruatur in vicem usurarum.* Allein wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß die Gesetze gewöhnlich beym Pfandcontraet der Antichrese gedenken [7]), und daher den Genuß der Früchte des Pfandes statt der Zinsen mit diesem Namen im eigentlichen Sinn bezeichnen [8]); so läßt sich doch deßwegen eben so wenig behaupten, die antichresis sey eine Art des Pfandes oder Pfandcontracts, als man sagen kann, der commissorische Vertrag sey eine Art

3) S. *Henr.* COCCEJI Diss cit. de antichresi. §. 3—6. und *Io. Iac.* KEES Commentat. ad L. 8. D. in quib. causis pignus vel hyp. tacite contrahitur. *Lipsiae* 1811. pag. 12. sqq.

4) *L.* 6. *Cod. Quod. cum eo, qui in aliena potest. L.* 14. *Cod. de usuris.*

5) *Ianus a* COSTA in Comm. ad §. 7. I. de action. *Frid. Et. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 169. Westphal Pfandrecht §. 66. Not. 89. S. 125. HANKER in Diss. de vera indole et natura antichreseos §. 4. u. a. m.

6) Observation. L. III. cap. 35.

7) Daher handelte der röm. Jurist Marcian in seinem libro singulari ad formulam hypothecariam auch von der Antichresis, wie aus *L.* 33. *D. de pigneratit. actione* erhellet.

8) In den Scholien der Basiliken heißt es Tom. IV. p. 30. *Ἀντίχρησίς ἐστιν, ὅτε τοῦ ὑποθεμένου ἀγροῦ τοὺς καρποὺς ἀντὶ τόκων διαλαμβάνω.* i. e. ANTICHRESIS *est, cum quis fundi pignerati fructus in vicem usurarum percipit.*

des Kaufcontracts. Die Stellen des römischen Rechts, welche von der antichresis handeln, werden uns die Natur derselben näher kennen lehren. Es gehören hierher folgende.

1) *L.* 33. *D. h. t.* Si pecuniam debitor solverit, potest pigneratitia actione uti *ad reciperandam* *ἀντίχρησιν*, nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.

Es ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo der antichretische Vertrag dem Pfandcontract war beygefügt worden, und der Schuldner, nach getilgter Schuld, das antichretische Pfand zurückverlangte. Das Wort *antichresis* wird also hier für eine solche Sache genommen, welche dem Gläubiger sub pacto antichretico verpfändet worden ist. Verweigerte hier der Gläubiger die Zurückgabe derselben, so war ohne Zweifel die actio pigneratitia gegründet. Die Worte: *hoc verbo poterit uti*, heißen also hier soviel, als *hac formula*, oder *hac actione* poterit uti [9]). Der Grund der Entscheidung wird darin gesetzt, weil hier ein Pfandcontract geschlossen worden sey. Dieß ist unstreitig der Sinn der Worte: *cum pignus sit*, welche Salmasius [10]) ohne allen Grund für ein Glossem hält.

9) Die Bedeutung des Worts: *Verbum* für *formula* seu *actio* kommt auch an andern Orten vor. *L.* 4. §. 2. *D. de vulgari et pupill. substit.* *L*, 35. *Cod. de inoff. testam.* *L.* 2. *Cod. de bonis vacantib.* S. *Barn.* Brissonius de Verborum Significat. voc. *Verbum.* und Westphals Pfandrecht §. 66. Not. 89. S. 125.

10) Loc. cit. Auch die Basiliken Tom. IV. pag. 12. haben ἡ ἀντίχρησις ἐνέχυρόν ἐστι.

2) *L.* 11. §. 1. *D. de pignorib. et hypoth.* Si ἀντίχρησις[11]) facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur; *cum in usuras fructus percipiat*, aut locando aut ipse percipiendo, habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet *in factum actione* uti.

Das Wort *antichresis* wird hier, wie Noodt[12]) gegen Salmasius ganz richtig bemerkt, für den antichretischen Vertrag genommen. Dieser war hier ohne Verpfändung der Sache eingegangen worden. Nach dem Vertrage sollte nun zwar der Gläubiger den Besitz des Grundstücks so lange statt eines Pfandes inne behalten, bis das Kapital wieder bezahlt seyn würde, und die Früchte statt der Zinsen genießen, dennoch aber hatte derselbe den Besitz der Sache schon früher verloren. Es fragte sich also, welche Klage dem Gläubiger zustehe, um deshalb Entschädigung zu erhalten? Marcian entscheidet für die actio in factum. Diejenigen Rechtsgelehrten,

11) Die Vulgata lieset hier: *id est, mutuus pignoris usus pro credito.* Allein diese Worte fehlen in der Florentinischen Handschrift der Pandecten, und auch in den Basiliken Tom. IV. pag. 34. stehen sie nicht. In unserm Erlanger Codex lieset man sie auch nicht. Nicht ohne Grund hält sie daher LAUTERBACH in Diss. de iure antichreseos Th. 2. für ein Glossem. Lächerlich ist es übrigens, wenn die Glossatoren aus Unwissenheit der griechischen Sprache statt ἀντίχρησις *antiphona* gelesen haben wollen, welches, wie schon *Andr.* ALCIATUS Dispunction. Lib. II. cap. 3. bemerkt, hier gar keinen Sinn hat.

12) Observation. Lib. II. cap. 9.

welche sich einbilden, eine Antichrysis sey ohne ein Pfandrecht gar nicht denkbar, gerathen bey dieser Entscheidung in nicht geringe Verlegenheit. Cujaz[13]) meint zwar der Schwierigkeit dadurch am leichtesten abzuhelfen, daß er mit Azo sagt, die actio in factum, deren hier Erwähnung geschieht, schließe die hypothekarische Klage nicht aus. Ihm stimmt auch Westphal[14]) bey, welcher sogar glaubt, die hier angegebene actio in factum sey in effectu keine andere, als die hypothekarische Klage. Allein dagegen erinnert schon Reinhard Bachov[15]) nicht ohne Grund, daß bey Verpfändungen der actio in factum sonst nirgends gedacht werde, und daß es dem römischen Juristen ein Leichtes gewesen wäre, die hypothekarische Klage zu nennen, wenn er geglaubt hätte, daß sie in diesem Falle Statt finde. Vielleicht, meint er, liege der Grund, warum der römische Jurist hier nur eine persönliche Klage gestattet, darin, weil der Gläubiger durch die Antichrysis, tanquam ex personali obligatione, nur das Recht erwirbt, die Früchte der Sache zu genießen. Er getrauet sich indessen nicht, hierin Etwas mit Gewißheit zu behaupten. Mit mehrerer Kühnheit sucht Gerhard Noodt[16]) den Knoten aufzulösen. Er nimmt zur Emendation des Textes seine Zuflucht, und lieset Statt in factum actione, *hac actione*, worunter er dann die hypothekarische Klage versteht, von welcher der Titel der Pandecten handelt, unter den Mar-

13) Lib. III. Observation. cap. 35. in fin.

14) Pfandrecht §. 66. Not. 89. S. 125.

15) Tr. de pignoribus et hypothec. L. III. cap. 19. nr. 2. pag. 234.

16) Observation. Lib. II. cap. 9.

cians Fragment gestellt ist. Allein mit Recht haben diese eben so gewaltsame, als unnöthige Emendation Joh. Jensius[17]), Fried. Esaias v. Pufendorf[18]), Pothier[19]) und Westphal[20]) verworfen. Nicht nur die Basiliken[21]) streiten für die Richtigkeit des Textes, in welchen die letztern Worte unsers Fragments so übersetzt sind: *Καὶ ἐκπίπτων τῆς νομῆς περὶ τοῦ πράγματος ἀγωγὴν κινεῖ;* sondern auch die Natur des antichretischen Vertrags, welcher an sich kein Pfandrecht gibt, macht die Beybehaltung der Leseart nothwendig, deren Aenderung überdem die genaue Uebereinstimmung aller Handschriften und Ausgaben der Pandecten verbietet. Auch der Scholiast der Basiliken[22]) gedenkt der *actio in factum* namentlich, und gibt zugleich den Grund an, warum die hypothekarische Klage nicht Statt haben könne. Er sagt nämlich: *Οὐ τὴν Σερβιανίν, ἀλλὰ τὴν ἰν Φάκτουμ. οὐ γὰρ ἐνέχυρόν ἐστι κυρίως, ἀλλὰ πίγνορις λόκο τὴν ἀντίχρησιν ἔχει* i. e. *Non Serviana, sed in factum: non enim proprie pignus est, sed pignoris loco antichresin habet.* Daß in dem Text von keinem antichretischen Unterpfande die Rede sey, geben übrigens die Worte: eousque *retinet possessionem pignoris loco*, donec illi pecunia solvatur, so deutlich zu

17) Strictur. ad Rom. iuris Pandectas L. 11. §. 1. D. de pignorib. pag. 140.

18) Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 169.

19) Pandectae Iustinian. Tom. I. L. XX. Tit. 1. Nr. XXV. not. d. pag. 561.

20) Pfandrecht §. 66. Not. 89. S. 125.

21) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 2. Const. 11. pag. 34.

22) Tom. IV. pag. 49. Schol. s.

verstehen, daß man sich billig wundern muß, wie der große Noodt auf eine solche ganz unpassende Emendation habe verfallen können. Weit scharfsinniger urtheilt Ulrich Huber[23]), dessen Worte hier einen Platz verdienen. Mihi sic videtur, sagt er, *pignus* et *antichresin* esse duas res distinctas, et ex earum conjonctione nasci *pignus antichresticum*. Ex hoc *hypothecariam actionem* dari, non est ratio dubitandi. Sed in hoc §. 1. *antichresin solam* creditor accepisse proponitur, hoc est, *conventio, qua convenit, ut creditor usurarum loco certi praedii fructus percipiat*, est celebrata, nihil amplius. *De iure pignoris* nihil est dictum, et tamen sine speciali de pignore conventione non constituitur expressum pignus: etsi, quando creditori praedium conceditur ad fructus in vicem usurae inde percipiendos, ea res *loco pignoris* sit. Verum sine conventione de pignore non potest, inquam, *actio hypothecaria* nasci; ideoque *personalis in factum* duntaxat, non contra tertium, sed adversus debitorem, qui illam conventionem debito principali adjecit, datur. De *pignoris iure constituto* nihil hic est proditum. Nam quod attinet ad verba, *mutuus pignoris usus*, illa non sunt Marciani, sed Interpretis, graecam vocem ἀντιχρήσιος interpretantis: quae tamen nihil, quam *mutuum usum* denotat. Mit Huber stimmt auch Peter von Greve[24]) überein, wenn er sagt: *Antichresis* differt a pignore, nam si, cui antichresis con-

23) Eunomia Romana Libr. XX. ad L. 11. §. 1. D. de pignorib. §. 2. pag. 726. sq.

24) Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora Exerc. XV. Th. 11. pag. 373.

cessa est, amiserit possessionem, non habet actionem hypothecariam, sed utitur *actione in factum.* Wäre in dem Falle, wovon Marcian spricht, wirklich eine Verpfändung geschehen, und, ohne dieselbe, wie man gewöhnlich lehrt, ein antichretischer Vertrag nicht denkbar, so wäre unbegreiflich, warum dem Gläubiger, im Falle des verlornen Besitzes, nicht eben so gut die actio pigneratitia contraria gegen den Schuldner zustehen sollte, als sich dieser, nach getilgter Schuld, der actio pigneratitia directa gegen den Gläubiger bedienen kann. Eben dieses erinnert auch Edmund Merillius[25]) gegen die gemeine Lehre der Rechtsgelehrten ganz richtig, nur kann ich ihm darin nicht beypflichten, wenn er unter der actio in factum, eine *actio praetoria* verstehen will, *quae datur deficientibus aliis actionibus.* Warum sollte hier nicht die *actio in factum praescriptis verbis* Statt finden? Der Schuldner hatte ja dem Gläubiger dafür, daß er ihm den Gebrauch eines Kapitals gestattete, den Besitz eines Grundstücks eingeräumt, um die Früchte, statt der Zinsen, zu genießen. Es war also kein bloßes Darlehn, sondern ein unbenannter Contract geschlossen worden, welchen Marcian *ἀντιχρησις* nennt. Daß hier von einer in einem solchen Falle gewöhnlichen Klage, und also von der actio praescriptis verbis, die Rede sey, beweisen auch die Worte: *solet* in factum actione uti. Hierdurch widerlegt sich zugleich die Meinung des Heinrich Cocceji[26]), welcher Marcians Fragment von einem solchen Falle verstehen will, wo der antichretische Vertrag ex intervallo

25) Observation. Lib. VIII. cap. 23. in fin.

26) Diss. de antichresi. Th. 8.

dem Pfandcontract war beygefügt worden, und darin den Grund setzt, warum hier die actio pigneratitia contraria nicht Statt gefunden habe. Die *L.* 39. *D. h. t.* worauf er sich beruft, gehört gar nicht hierher. Denn es ist dort von keinem antichretischen Vertrage die Rede. Dem Gläubiger war der Genuß des verpfändeten Grundstücks, nicht der Zinsen wegen, sondern um sich wegen des Kapitals dadurch bezahlt zu machen, eingeräumt worden. Von einer Klage war auch hier die Frage nicht[27]).

3) *L.* 6. *Cod. Quod cum eo, qui in aliena potestate.* Si servus tuus sine permissu tuo, accepta pecunia mutua, *in usurarum vicem* habitandi facultatem creditori concessit: nullo iure adversarius tuus hospitium ex hac causa sibi vindicat: cum te servi factum non obligaverit, et ingrediens rem tuam, contra vim eius, auctoritate competentis iudicis protegeris.

Auch in diesem Falle war der antichretische Vertrag ohne Verpfändung der Sache geschlossen worden, und es wäre gegen die Gültigkeit desselben nichts einzuwenden gewesen, wenn ihn nur der Sklave nicht ohne Erlaubniß seines Herrn geschlossen hätte, wie aus der folgenden Gesetzstelle erhellet.

4) *L.* 14. *Cod. de usuris.* Si ex pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit, *ut vice usurarum domum inhabitaret*, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri quaestionem, quasi plus domus redigeret, si loca-

27) Man sehe über die *L.* 39. *h. t.* Westphals Pfandrecht §. 15. Not. 29. S. 42. f.

retur, quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio: non ideo tamen illicitum foenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur.

Ohne Zweifel ist zwar hier von einem antichretischen Vertrage, aber von keiner Verpfändung die Rede. Von einer antichretischen Verpfändung hingegen spricht folgende Gesetzstelle.

5) *L.* 17. *Cod. eodem.* Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, *ut fructus in vicem usurarum consequeretur*, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt.

Aus den angeführten Gesetzstellen ergeben sich nun folgende Wahrheiten.

I. Der antichretische Vertrag kann nicht nur dem Pfandcontract, als Nebenvertrag, beygefügt, sondern auch, ohne Verpfändung der Sache, nach Art eines unbenannten Contracts eingegangen werden. In dem letztern Falle ist es ein *contractus do ut facias*, nicht do ut des, wie Heinrich Cocceji[28]) ganz richtig bemerkt, dem auch Gottfr. Dan. Hoffmann[29]) beystimmt. Denn das Wort *dare* drückt in der Sprache des röm. Rechts eine Uebertragung des Eigenthums aus[30]). Allein hier ist von einer bloßen Einräumung des Besitzes und Ge-

28) Diss. cit. de antichresi Th. 3.

29) Diss. sub tit. Iureconsultus mathematicus et in specie analysta circa antichresin et interusurium. *Tübingae* 1767. Sect. I. §. 11.

30) §. 14. *I. de actionib.*

brauchs einer Sache die Rede. Solche Geschäfte qualificiren sich zu keiner datio, sondern blos zur traditio, und diese wird zum factum gerechnet[31]). Die hieraus entspringende Klage ist, wie uns Marcian[32]) oben lehrte, die *actio in factum praescriptis verbis*, welche, als eine actio bonae fidei, auf alles geht, was die Billigkeit erfordert, und also auch auf Leistung des Interesse, wenn etwa die antichretisch eingeräumte Sache evincirt wird. Ist die Schuld bezahlt, so findet nicht, wie Hoffmann[33]) behauptet, die condictio sine causa Statt, weil hier dem Schuldner sein Eigenthumsrecht unverändert bleibt[34]); sondern die *rei vindicatio*, oder die *actio in rem publicana*. Ist hingegen der antichretische Vertrag dem Pfandcontract beygefügt worden, so ist die aus dem Pfandcontract entspringende *actio pigneratitia* begründet, wie uns ebenfalls Marcian lehrte[35]).

II. Der antichretische Vertrag setzt immer eine ausdrückliche Verabredung voraus. Viele[36]) behaupten zwar

31) *L.* 28. *D. de verbor. obligat.* S. *Io. van* Neck Diss. ad L. ult. D. de condict. caus. data. Cap. 2. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. T. II. p. 393. sqq.)

32) *L.* 11. §. 1. *D. de pign. et hyp.*

33) Cit. loco.

34) Man sehe den Tit. de condictione sine causa. §. 836. im 13. Th. dieses Commentars S. 183. ff.

35) *L.* 33. *D. h. t.*

36) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 23. *Ger.* Noodt Tr. de foenore et usuris Lib. II. cap. 9. *Io. Frid.* Eisenhart Diss. rationem computationis fructuum ex pacto antichretico perceptor. sist. (in *Opusc.* Nr. XV.) Sect. I. §. 2. *Ios.* Mr

mit Cujaz[37]), daß dieser Vertrag auch durch eine stillschweigende Uebereinkunft geschlossen werden könne; welche nämlich in dem Falle anzunehmen sey, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine fruchttragende Sache zum Unterpfande eingeräumt hat, ohne wegen der Früchte eine besondere Verabredung zu treffen. Man beruft sich deshalb auf die bereits oben vorgekommene *L.* 8. *D. in quib. caus. pignus.* wo Paulus sagt: **Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere.** Allein daß hier von keiner **antichresis tacita** die Rede sey, ergibt sich, wie schon längst Bachov[38]), Vinnius[39]) und Samuel von Cocceji[40]) gezeigt haben, daraus ganz offenbar, daß nach dem angeführten Gesetz der Gläubiger nur so viel von den Früchten, als das Maas der gesetzlichen Zinsen beträgt, zurückbehalten kann, die übrigen aber auf das Kapital abrechnen muß; dahingegen das Wesen der Antichresis darin besteht, daß der Gläubiger sich blos wegen der Zinsen durch die Früchte entschädigen soll, ohne daß das Kapital dadurch getilgt wird[41]). Dort muß da-

Schneidt Specim. arithmeticae sublimior. et politicae ad materiam de usuris, antichresi, interusurio et reditibus annuis applicatae. *Wirceburgi* 1784. Cap. 3. §. 64. *Conr. Wilh.* Strecker Diss. de pacto antichretico. §. 14. sqq. u. a. m.

37) Observation. Lib. VIII. cap. 17.

38) Tr. de pignor. et hypoth. Lib. I. cap. 14. nr. 3. et 4.

39) Select. iuris Quaest. Lib. II. cap. 7.

40) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

41) S. Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder. 4. Abschn. S. 230. ff. und Hanker Diss. de vera indole et natura antichreseos. §. 8.

her der Gläubiger wegen der Früchte Rechnung ablegen, und auch die vernachläßigten Früchte werden ihm angerechnet [42]); diese Berechnung fällt hingegen bey dem antichretischen Vertrage weg [43]), weil hier der Gläubiger wegen des ungewissen Ertrags der Früchte nicht an die Größe der gesetzmäßigen Zinsen gebunden ist, wie in der oben angeführten Stelle, *L.* 17. *C. de Usuris*, der Kr. Philipp rescribirte; und da er die Jahresfrüchte statt der Zinsen, ohne Berechnung derselben behält, so kann auch keine Frage davon seyn, wie viel an Früchten hätte geerndet werden können, weil hier dem Gläubiger, der blos um seines eigenen Vortheils willen die Früchte zieht, keine Culpa zur Last gelegt werden kann, deren Wirkung bekanntlich nur die fructus percipiendi sind [44]).

III. Da das Wesen des antichretischen Vertrags darin besteht, daß der Gläubiger die sämmtlichen Früchte der Sache ohne alle Berechnung behalten, und sie auf die Zinsen seines Kapitals rechnen soll; so darf damit die Verabredung nicht verwechselt werden, vermöge welcher nämlich der Gläubiger nur befugt seyn solle, von den Früchten der verpfändeten Sache soviel zu behalten, als die gesetzmäßigen Zinsen betragen, den Ueberschuß aber entweder auf das Kapital abrechnen, oder dem Schuldner jährlich herausgeben soll. Ein Beyspiel von einer solchen Verabredung führt Papinian an, wenn er *L.* 1.

42) *L.* 1. 2. *et* 3. *Cod. h. t.* *L.* 2. *Cod. de partu pigneris et omni causa.* *L.* 1. *Cod. de distract. pignor.*

43) S. *Io. Wilh.* ENGELBRECHT Diss. de creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato. *Helmst.* 1724. §. 7. sqq.

44) §. 2. *I. de officio iudicis.*

§. 3. *D. de pignor. et hyp.* sagt: Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis, *fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae*[45]), quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit: cum, ad diem minore foenore non soluto, *legitimae maiores usurae* stipulanti recti permitti potuerunt. Daß hier keine wahre Antichresis vorhanden sey, hat mit Cujaz auch Westphal[46]) ganz richtig bemerkt, und daß auch bey dieser Verabredung der Gläubiger Rechnung ablegen müsse, versteht sich[47]). Ein gleiches gilt in dem Falle, wovon die Novelle 120. Kap. 4. handelt, wo es heißt: Si contingat, ut quaedam ex dictis venerabilibus domibus ad fiscalia tributa, vel aliam quamcunque necessitatem venerabili domui incidentem, pecunia indigeat: liceat administratoribus earum rem immobilem obligare, et speciali pignori dare, ut creditor eam rem possideat, *et*

45) In den Basiliken T. IV. p. 32. heißt es *μέχρι τοῦ νομίμου τόκου*. Es war also in dem Falle des Gesetzes das Maximum der gesetzmäßigen Zinsen, folglich *usura centesima*, ausbedungen, wenn der Schuldner nicht zur bestimmten Zeit die stipulirten geringern Zinsen bezahlen würde. Diese centesima pars sortis in singulos menses wird auch vorzüglich *usura legitima* genannt. *L.* 9. §. 1. *D. de usuris.* *L.* 8. *C. Si certum petat.* S. Pothier Pandectae Iustinian. T. I. Tit. de Usuris Nr. XXI. not. a. et Nr. XXIX. pag. 623. Noodt de foenore et usuris L. II. cap. 3. *van* Bynkershoek Observat. iur. Rom. Lib. VI. cap. 19. Der griechische Scholiast der Basiliken T. IV. p. 48. erklärt die Worte *legitimae usurae* durch τοῦ ἡμιεκατοστιαίου, i. e. semissalis.

46) Pfandrecht §. 64. Not. 87.

47) S. Hanker cit. Diss. §. 5.

fructus eius colligat, sibique partim in ipsam pecuniam creditam, partim in usuras, quarta parte centesimae non maiores, imputet. Si debitum solvant, qui venerabili domui praefuerunt, vel ex fructibus creditori satisfiat: *res* ad venerabilem domum, a qua data est, rursus redeat.

IV. Aus Allem ergibt sich also soviel, daß, wenn eine wahre Antichresis Statt haben soll, nicht nur Zinsen versprochen, sondern auch ausdrücklich verabredet worden seyn müsse, daß der Gläubiger statt derselben die Früchte der Sache genießen und behalten solle. Sind daher entweder gar keine Zinsen versprochen, oder es ist wegen der Früchte nichts verabredet worden, so darf der Gläubiger die ihm verpfändete Sache nicht für sich benutzen, noch die Früchte statt der Zinsen sich zueignen[48]), sondern er muß dieselben auf das Kapital abrechnen, auf die Zinsen aber nur insofern, als ein rechtlicher Grund dazu vorhanden ist, und den Ueberschuß an den Schuldner herausgeben, mithin Rechnung über die Früchte ablegen, wobey ihm denn auch die vernachläßigten Früchte abgerechnet werden können[49]).

V. Der antichretische Vertrag ist nach dem römischen Rechte zwar ein erlaubter Vertrag, er darf aber doch nicht zur Bedeckung eines unerlaubten Zinswuchers dienen, wenn er auch gleich nicht gerade an die Strenge des gesetzmäßigen Zinsenmaaßes gebunden ist, wie die oben angeführten Gesetze *L.* 14. *et* 17. *Cod. de Usuris* klar beweisen. Das

48) §. 6. *I. de obligat. quae ex delicto. L.* 54. *D. de furt.*

49) *L.* 1. 2. 3. *et* 12. *Cod. h. t. L.* 1. *Cod. de distract. pignor.*

canonische Recht mißbilliget zwar diesen Vertrag, weil er dem Gläubiger erlaubt, die Früchte der Sache, statt der Zinsen, zu genießen, welche das canonische Recht verdammt [50]). Der Gläubiger darf also nach diesem Rechte die Früchte blos auf das Kapital abrechnen, und ist auf solche Art das Kapital abgetragen worden, so muß er das Pfand ungesäumt zurückgeben [51]). Es werden aber doch auch selbst in dem canonischen Recht zwey Fälle ausgenommen, wo es dem Gläubiger erlaubt wird, die Früchte auf die Zinsen zu rechnen, ohne daß dadurch das Kapital getilgt wird, nämlich 1) wenn ein Vasall das Feudum dem Lehnherrn antichretisch verpfändet [52]); 2) wenn der Ehemann zur Sicherheit des ihm versprochenen Heyrathsguts einstweilen von seinem Schwiegervater ein antichretisches Unter-

50) *Cap.* 1. *et* 2. *X. de Usuris.* *Cap.* 7. *et* 32. *X. de iuretur.* *Cap.* 4. *X. de pignorib.* GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad Cap. 6. X. de pignorib. Tom. III. pag. 378. sq.

51) *Cap.* 6. *X. de pignorib.* *Cap.* 8. *X. de Usuris.* *Ian. a* COSTA Commentar. in Decretales ad cap. 6. X. de pignorib. pag. 517.

52) *Cap.* 1. *X. de feudis.* Hier rescribirt Innocenz III. Insinuatione praesentium declaramus, quod gageria, quam de feudo ecclesiae tuae a M. dignosceris recepisse, a te potest libere detineri, *fructibus non computatis in sortem*, ita videlicet, ut, quam diu fructus illos ceperis, in sortem minime computantos, idem M. a servitio, in quo tibi et ecclesiae tuae pro feudo ipso tenetur, interim sit immunis. Das Wort *Gageria* bedeutet hier ein antichretisches Unterpfand. S. BOEHMER in edit. Corp. iuris canon. ad hoc cap. pag. 485. und *Ant. Dad.* ALTESERRA Innocentius III. ad idem capit. pag. 423.

pfand erhalten hat[53]). Allein in Deutschland war von jeher der antichretische Vertrag bey Verpfändungen üblich, und die Grundsätze des canonischen Rechts haben die Gültigkeit desselben zu entkräften nicht vermocht, wie Böhmer[54]) aus vielen Urkunden des Mittelalters bewiesen hat.

VI. Um den Rechtsbestand des antichretischen Vertrags näher zu beurtheilen, unterscheiden die meisten Rechtsgelehrten[55]), ob die Nutzungen der verpfändeten Sache in gewissen Einkünften bestehen, deren jährlicher Betrag genau bestimmt werden kann, z. B. die Einkünfte bestehen in bestimmten Geldzinsen, die ein Jahr, wie das andere, von den Zinspflichtigen entrichtet werden müssen; oder ob sie in ungewissen Einkünften bestehen, deren Ertrag nicht ein Jahr, wie das andere, fällt, sondern von dem Wachsthum und zufälligem Werthe der Früchte abhängt.

53) *Cap.* 16. *X. de usuris* wo Innocenz III. folgende Entscheidung gibt. Sane generum ad *fructus* possessionum, quae sibi a socero sunt pro numerata dote pignori obligatae, *computandos in sortem*, non credimus compellendum: cum frequenter dotis fructus non sufficiant. ad onera matrimonii supportanda. Statt *numerata* muß hier mit Alteserra c. l. *numeranda* gelesen werden.

54) Iur. eccles. Protest. T. V. Lib. V. Tit. 19. §. 28.

55) Lauterbach Diss. de iure antichreseos. Th. 44. sqq. et in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. Berger Oecon. iur. Lib. III. Tit. 2. §. 15. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. Strecker Diss. de pacto antichretico. §. 8. Hoffmann Diss. de antichresi. Sect. I. §. 7. Westphal Pfandrecht §. 65. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1201. Malblank Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 571. und Gmelins Aufsätze über Verträge §. 44.

In dem ersten Falle, sagt man, dürfe die Benutzung die Größe der gesetzmäßigen Zinsen nicht überschreiten; der Gläubiger müsse also den Ueberschuß am Kapital abrechnen, sonst mache er sich eines verbotenen Zinswuchers schuldig. In dem letztern Falle hingegen komme es wegen des ungewissen Ertrags der Früchte, nicht so genau auf die gesetzmäßige Größe der Zinsen an; daher sey auch hier der Gläubiger nicht so, wie in jenem ersten Falle, verbunden, von den bezogenen Früchten des Gutes Rechnung abzulegen, es müßte denn der jährliche Ertrag der Früchte gewöhnlicher Maaßen so ansehnlich seyn, daß er auch in mittelmäßigen, ja schlechten Jahren immer noch die Größe bedeutend übersteige. Allein andere verwerfen diesen Unterschied, und diese theilen sich wieder in zwey Partheyen. Einige[56]) lassen durchaus kein Uebermaaß der Zinsen zu, und halten daher den antichretischen Gläubiger in jedem Falle zur Ablegung der Rechnung verpflichtet. Denn die römischen Gesetze ertheilten hierüber keine allgemeine Vorschrift, sondern sprächen nur von besondern Fällen, wo die Gewißheit der Nutzungen entweder gar nicht auszumitteln stand, oder wo wenigstens der Gesetzgeber nach den vorgetragenen Umständen die Ausmittelung für unmöglich hielt. Z. B. der Schuldner beschwerte sich über unbilligen Wucher des Gläubigers, ehe noch die Zeit verstrichen war, bis auf welche der antichretische Vertrag ge-

56) *Nic.* PRAGEMANN Diss. de processu liquidationis in antichresi. *Ienae* 1718. *God. Lud.* MENCKEN Diss. Nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum. *Lipsiae* 1745. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. LXXIX. Th. 10. und besonders Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder 4. Abschn. S. 362. ff.

schlossen worden. Hier habe freylich der Schuldner nach *L.* 17. *Cod. de usur.* noch zur Zeit kein Gehör finden können, weil, wenn auch der Gläubiger in den ersten Jahren gewonnen hatte, es doch leicht möglich war, daß er wieder schlechte Jahre haben konnte. Der Rechtsbestand des antichretischen Vertrags müsse daher vielmehr aus den deutschen Gesetzen[57]) beurtheilt werden, welche alle wucherlichen Contracte ausdrücklich mißbilligten, und also auch keinem Gläubiger erlaubten, wenn er statt der Zinsen Früchte zu beziehen hat, mehr davon sich zuzueignen, als ihm an Geld bezahlt werden würde. Andere[58]) hingegen halten den Unterschied zwischen gewissen und ungewissen Nutzungen darum für ungegründet, weil sie die *L.* 17. *Cod. de Usuris* als eine allgemeine Vorschrift ansehen, in welcher die Worte: ***propter incertum fructuum proventum*** keine Restriction enthielten, sondern den Hauptentscheidungsgrund ausdrückten, warum der antichretische Gläubiger keine Rechnung abzulegen verbunden, sondern vielmehr der Vertrag für gültig zu halten sey, wenn auch der Schuldner darthun könnte, daß der Gläubiger mehr an Früchten gewonnen habe, als die gesetzmäßigen Zinsen betragen. Die deutschen Gesetze hätten auch dieses nicht abgeändert. Denn diese sprächen nur von Wiederkaufsgülten, welche von Zinsen auf mehr als eine Art sich unterschieden. Die rich-

57) Reichs-Polizey-Ordnung vom J. 1530. Art. 26.

58) *Diet. Herm.* KEMMERICH Diss. de creditore antichretico rationes non reddente. *Ienae* 1733. *Io. Conr. Sigism.* TOPP Diss. de distinctione inter fructus certos et incertos in pacto antichretico iure Rom. non fundata. *Helmst.* 1755. und *Carl.* HANKER Diss. de vera indole et natura antichreseos §. 11.

tigste Meinung ist unstreitig die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [59]), welche, ohne zwischen gewissen und ungewissen Nutzungen zu unterscheiden, zum Grundsatz annehmen, daß der antichretische Vertrag so lange für gültig zu halten, und der Gläubiger zur Ablegung der Rechnung nicht verbunden sey, als der Schuldner nicht beweißt, daß ein unerlaubter Zinswucher darunter verborgen sey. Es kann denn auch nicht in Betrachtung kommen, ob die Früchte bürgerliche oder natürliche sind, und ob der Gläubiger das Grundstück selbst benutzt, oder es verpachtet gehabt habe [60]). Bey dieser Berechnung ist jedoch nicht auf den Ertrag eines einzelnen Jahrs zu sehen, sondern die gewonnenen Früchte müssen nach einem Durchschnitt berechnet werden. Beyspiele, wie eine solche Berechnung zu machen sey, haben Hoffmann [61]), Weber [62]), Schneidt [63]) und Langsdorf [64]).

59) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. 157. medit. 1. Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 76. und Tom. III. Obs. 57. Böhmer auserlesene Rechtsfälle 1. Bd. 2. Abth. Nr. 71. Eisenhart Diss. rationem computationis fructuum ex pacto antichretico perceptorum in foro receptam nec iuri nec aequitati convenire. *Helmst.* 1768. (in *Opusc.* Nr. 15.) Walch Introd. in controv. iuris civ. pag. 540. sqq. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 5. Not. u. pag. 253. und Thibaut Syst. des P. R. 2. Bd. §. 653.

60) *L.* 11. §. 1. *D. de pignor.*

61) ICtus mathemat. et in specie analysta circa antichresin et interusurium Sect. I. §. 15.

62) Diss. de pacto antichretico. P. II.

63) Diss. hist. specimen arithmeticae sublimior. et politicae ad materiam de usuris, antichresi etc. Cap. III. §. 69. sqq.

VII. Der antichretische Gläubiger, welcher die Früchte der Sache, statt der Zinsen, ohne Berechnung derselben, genießt, muß billig auch die Lasten des Nutznießers übernehmen, ohne deßhalb dem Schuldner etwas anrechnen zu dürfen[65]).

§. 871.

Wenn ist der Gläubiger zur Restitution des Pfandes verbunden?

Das Pfand kann jedoch nicht eher zurückgefordert werden, als wenn die ganze Schuld nebst den Zinsen und Kosten an den Gläubiger[66]), oder auf seine Anweisung an einen Dritten bezahlt worden ist[67]), oder die Schuld sonst auf rechtliche Art, z. B. durch Compensation, getilgt ist; oder es wenigstens nicht an dem Schuldner gelegen, daß die Schuld an den Gläubiger nicht abgetragen wurde, weil dieser die Annehmung der Zahlung ohne rechtmäßige Ursache verweigerte[68]). Zuweilen kann jedoch das Pfand zu-

64) Arithmetische Abhandlungen über juristische staats- und forstwissenschaftliche Fragen. Heidelberg u. Mannheim 1810. 8.

65) Leyser Specim. CLVII. medit. 7—9.

66) *L.* 9. §. 3. *D. h. t.* Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneratitia actio.

67) *L.* 11. §. 5. *D. h. t.* Solutam autem pecuniam accipiendum, non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius: vel ei, cui heres exstitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito.

68) *L.* 20. §. 2. *D. h. t.* Si per creditorem stetit, quominus ei solvatur, recte agitur pigneratitia. — *L.* 3. *Cod. de luit pign.* Si reddita debita quantitate, vel rebus in solutum datis, sive distractis, et compensato pretio satis ei, contra

rückgefordert werden, wenn gleich die Schuld noch gar nicht bezahlt, oder noch nicht ganz getilgt ist. Es kommt nämlich hierbey auch auf die getroffene besondere Verabredung zwischen dem Gläubiger und Schuldner an. Ist dieser ein Genüge geschehen, so kann der Gläubiger das Pfand nicht weiter zurückhalten. Man setze also den Fall, es sey verabredet worden, daß das gegebene Pfand nur so lange haften sollte, bis dem Gläubiger eine andere Sicherheit durch Bürgen, oder Delegation eines andern Schuldners, und durch eine andere Hypothekverschreibung würde gegeben worden seyn. Ist hier dem Willen des Gläubigers ein Genüge geschehen, so muß er das Pfand zurückgeben, sobald er die neue Sicherheit angenommen hat, wenn gleich der Gläubiger sich eine Befriedigung hätte anweisen lassen, wobey er weniger gesichert ist. Denn dieß ist alsdann seine eigene Schuld, daß er sich nicht besser vorgesehen hat[69]).

quem supplicas, factum esse, adito praeside provinciae probaveris, *vel si, quod residuum debetur, obtuleris, ac si non acceperit, deposueris consignatum*: restitui tibi res pacto pignoris obligatas providebit: cum etiam edicto perpetuo actione proposita, *pecunia soluta creditori, vel si per eum factum sit, quominus solveretur:* ad reddenda ea, quae pignori acceperat, iure eum satis evidenter urgeri, manifestum est.

69) *L.* 9. §. 3. *D. h. t.* Satisfactum autem accipimus, *quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum*, sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione: nascitur pigneratitia actio. *Et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei* SATISFACTUM; *si, ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.* Zur Erläuterung ist hier zu bemerken, daß *reus*

Ferner wenn das Pfand entweder ausdrücklich blos für das Kapital, mit Ausnahme der Zinsen, oder blos wegen der Zinsen allein wäre gegeben worden, und der Schuldner hat das bezahlt, wofür die Verpfändung wirklich geschehen ist, so muß er das Pfand zurückgeben, wenn auch dadurch die ganze Schuld nicht getilgt ist[70]). Außerdem würde eine

soviel, als ex promissor, und *decipi*, sich selbst hintergehen, heißt. S. Westphals Pfandrecht §. 223. Not. 247.

70) *L.* 11. §. 3. *D. h. t.* Si *in sortem* duntaxat, vel *in usuras* obstrictum est pignus, eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pigneratitia. Sive autem usurae in stipulatum sint deductae, sive non: si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quam diu quid ex his debetur, pigneratitia cessabit. CUJACIUS Observation. Lib. V. cap. 28. will hier statt vel in usuras, vielmehr *nec in usuras* lesen, weil es nachher heißt: Si tamen pignus *et in eas* obligatum fuit. Er hat diese Emendation nachher Lib. XV. cap. 22. noch mehr zu bestärken gesucht, wo er den Grund hinzufügt, weil, wenn die Verpfändung blos der Zinsen wegen geschehen wäre, der Schuldner nicht mit Wirkung auf die Zurückgabe des Pfandes würde klagen können, so lange das Kapital nicht bezahlt ist, sondern dem Gläubiger nach *L. un. Cod. Etiam ob chirographariam pecuniam* eine Retention des Pfandes zustehen würde. Allein daß zu einer solchen Emendation kein hinlänglicher Grund vorhanden sey, hat schon *Ioh.* ROBERT in recept. Lection. Lib. I. cap. 27. und Animadversion. Lib. I. c. 26. et 27. gezeigt. Cujaz hat auch nachher Lib. XIX. Observat. cap. 27. seine Conjectur selbst wieder aufgegeben. Die Basiliken Tom. IV. pag. 5. bestärken ebenfalls die gemeine Leseart, wo es heißt: *Εἴτε ὑπὲρ μόνου τοῦ κεφαλαίου, εἴτε ὑπὲρ τῶν τόκων δοθῇ ἐνέχυρον, καὶ καταβληθῇ τὸ ὑπὲρ οὗ ἠνεχυριάσθη, κινεῖται ἡ περὶ τοῦ ἐνεχύρου ἀγωγή.* i. e. *Sive in sortem duntaxat, sive in usuras pignus datum sit, eo soluto, propter quod pignus*

bloße Abschlagszahlung den Schuldner nicht zur Zurückforderung des Pfandes berechtigen, es würde vielmehr der Gläubiger allerdings berechtiget seyn, das Pfand auch wegen der noch rückständigen Zinsen zurück zu behalten [71]).

§. 872.

Herausgabe des Ueberschusses.

Hat der Gläubiger wegen unterbliebener Bezahlung der Schuld das Pfand verkauft, so muß er, wenn er mehr daraus gelößt hat, als die Schuld beträgt, den Ueberschuß herausgeben. Man nennt diesen Ueberschuß *Hyperocha* [72]). Hat ihn der Gläubiger benutzt, oder wohl gar davon Zinsen gezogen, oder hält er solchen dem Schuldner ungebührlich vor, so muß er in jenem Falle die Nutzungen dem Schuldner berechnen, in dem letztern aber die Verzugszinsen bezahlen. *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* sagt: **Si creditor** ***pluris*** **fundum pignoratum vendiderit,** ***si id foeneret,*** **usuram eius pecuniae praestare debet ei, qui dederit pignus. Sed et** ***si ipse usus sit ea pecunia,*** **usuram praestari oportet.** ***L. 7. D. eodem.*** **Si autem tardius** ***super-***

obstrictum erat, ***agitur pigneratitia.*** Es ist daher zu verwundern, wie dennoch Pothier in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. V. not. h. p. 394. der Cujazischen Emendation hat seinen Beyfall geben mögen. Man sehe noch Wissenbach Exercitat. ad Pand. Vol. I. Disp. XXVII. Th. 16. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Dec. L. Th. 8. und besonders Webers Versuche über das Civilrecht S. 156. u. S. 170.

71) *L. un. C. Etiam ob chirograph. pecuniam pignus retineri posse.*

72) *Christoph. Phil.* Richter Diss. de hyperocha seu de eo, quod amplius est in pignore. *Ienae* 1668. *rec.* 1757.

fluum restituat creditor id, quod apud eum depositum est, *ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.* Hat der Käufer des Pfandes das Kaufgeld noch nicht bezahlt, so kann der Gläubiger zur Herausgabe des Ueberschusses nicht schlechterdings genöthiget werden, sondern der Schuldner muß warten, bis der Käufer bezahlt, oder sich mit einer Cession an den Käufer begnügen, wobey jedoch auf jeden Fall der Gläubiger die Gefahr trägt. *L.* 24. §. 2. *D. eodem* sagt deshalb: Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quam debitum erat: nondum autem pretium ab emtore exegerit: an pigneratitio iudicio conveniri possit ad superfluum reddendum? an vero vel exspectare debeat, quoad emtor solvat, vel suscipere actiones adversus emtorem? et arbitror, non esse urgendum ad solutionem creditorem, sed aut exspectare debere debitorem, aut, si non exspectat, mandandas ei actiones adversus emtorem, periculo tamen venditoris. Quodsi accepit iam pecuniam, superfluum reddit[73]). Ein Anders wäre, wenn dem Gläubiger eine Nachlässigkeit zur Last fallen sollte, daß er das Kaufgeld noch nicht erhalten hat. Hier kann er sofort angehalten werden, den Ueberschuß, und zwar mit

73) *Ant.* Faber in Rational. ad Pand. h. L. glaubt hier nichts als Tribonianismen zu finden, welche noch dazu lauter Ungereimtheiten enthielten, und von der gröbsten Unwissenheit in den bekanntesten Rechtsprincipien zeugten. Allein *Ulr.* Huberus in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 547. hat Tribonians Ehre vollkommen gerettet, und Fabers Grillenfängerei, wie sich's gebührt, abgefertiget. Man sehe auch Westphals Pfandrecht §. 518. Not. 241.

den Zinsen des Verzugs, herauszuzahlen, ohne den Schuldner an den Käufer verweisen zu dürfen. Von diesem Falle ist die *L.* 42. *D. eodem* zu verstehen, wo Papinian sagt: **Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, *ut superfluum pretii cum usuris restituat*, iure cogitur. *Nec audiendus erit, si velit emtorem delegare:* cum in venditione, *quae fit, ex facto*[74]) suum creditor negotium gerat.**

74) Die Leseart dieser Worte ist streitig, und lautet nicht in allen Handschriften und Ausgaben so, wie hier die Florentinische Ausgabe lieset. Unser Erlanger Codex hat: *in venditione, quae rite facta est.* Eben so lesen Haloander und Baudoza. Cujaz hingegen glaubt, daß statt: quae sit, ex facto vielmehr *quae fit ex pacto* gelesen werden müsse. Ihm stimmt auch *Ger.* Noodt in Commentar. ad Pand. h. t. T. II. *Operum* pag. 325. §. *Venit igitur* bey, und führt ein Beyspiel aus *L* 6. *Cod. de Solut.* an, wo auch statt *factum* pactum gelesen werden müsse, wie er Lib. II. Observation. cap. 24. weiter zu beweisen sich bemüht hat. Noodt erklärt daher die Worte Papinians auf folgende Art: Quod in pignoris venditione a creditore facta *ex pacto de distrahendo pignore* (quod in *L* 4. *C. h. t.* dicitur *vulgare pactum*) creditor non gerit debitoris negotium, sed gerit negotium suum: ita non est causa, cur invitus cogatur debitor delegatione creditoris mutare actionem, et alium sibi admittere debitorem: aliter ac si creditor gessisset debitoris negotium; nec eius culpa argui posset. Den scheinbaren Widerspruch zwischen *L.* 42. und *L.* 24. §. 2. *h. t.* sucht er auf folgende Art zu heben. His non resistere *Ulpianum* facile intelligetur: cogitantibus, duplicem esse dubitationem; *unam*, an creditorem oporteat debitori reddere superfluum pretii: *alteram*, quando oporteat cruditorem debitori superfluum reddere. Ad priorem quaestionem respondet Papinianus d. *L.* 42. ad posteriorem Ulpianus d. *L.* 24.

So lassen sich beyde Gesetzstellen sehr wohl vereinigen. Johann Altamiranus[75]) hat dieses sehr gründlich ausgeführt. Ego ex iuris principiis, sagt er, recte convenire *Papinianum* cum *Ulpiano* existimo, si advertamus, regulam supra dictam, quae affirmat, eum, qui tenetur, quia habet actionem, liberari, si eam mandare velit: ita accipiendam, si, qui habet actionem, nullo alio iure teneatur; quod si alio iure insuper obstrictus sit, veluti ex propria negligentia, si praestare velit actiones, audiendus non est: quod est expressum in *L.* 21. §. *ult. D. de negot. gest. L.* 60. §. *servum. D. locati, L.* 8. §. *ult. D. mandati.* Hinc si creditor iure suo pignus vendat, et dilationem emtori modicam forte, vel necessariam ad solutionem concedat, (quod potest, quia cum debitoris sit velut procurator in pignoris venditione. *L.* 29. *D. fam. ercisc.* non tenetur semper praesenti pecunia vendere, argum.

§. 2. Ait igitur Papinianus, creditorem teneri, debitori reddere superfluum; nec posse invito debitori delegare nomen emtoris. Ulpianus vero ait, creditorem non esse obligatum, debitori superfluum pretii restituere ante, quam id ab emtore exegerit: propterea, quod non debet id de suo solvere. Quodsi debitor recuset exspectare emtoris solutionem, scilicet, quod suspecta ei sit creditoris negligentia, posse a creditore accipere mandatas actiones, quibus ipse adversus emtorem experiatur. Auch Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 4. u. Pothier in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XX. Not. g. h. geben nicht undeutlich der Cujazischen Emendation ihren Beyfall. In den Basiliken finden sich diese letztern Worte nicht.

75) Commentar. in priores XIII. libros ex XX. Quaestion. Q. Cervidii Scaevolae Tract. II. ad L. 51. D. de peculio §. 7. in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 399.

L. 1. §. 1. *D. de except. rei vend. L*. 5. §. *item si institor* 15. *D. de institor act.* quod ius, quia in pignore iudiciali non recipitur *L*. 15. §. 7. *D. de re iudic.* necessario uterque textus de pignore conventionali intelligi debet) multum interest, an agam contra creditorem pro superflo intra tempus, quo ipse neque recuperavit ab emtore, neque est in culpa, cur non recuperaverit, an iam postquam est in culpa, cur non exegerit, veluti post transactum tempus ad solvendum datum. Primo casu recte ULPIANUS, non esse urgendum ad solutionem creditorem, qui pignus vendidit, imo debitorem expectare debere, ut emtor solvat, aut si non expectet, mandandas ei actiones, affirmabat; quia cum simus intra tempus ad solvendum datum, creditor, qui non exegit, non est in culpa, sed tenetur tantum, quia habet actionem; quodsi paratus sit praestare, absolvetur ex regula supra tradita. At vero si creditor negligenter se gessit in pretio pignoris exigendo, imo tantum temporis elabi passus est, ut iam usurae debeantur: si velit emtorem delegare, audiendum non esse, optime PAPINIANUS respondet; quia iam non tantum, quia habet actionem, sed quia in non exigendo negligentiam admisit, debitori tenetur dict. *L*. 21. §. *ult. de negot. gest.* Nam quamvis in venditione, quae fit ex facto ipso venditionis, suum creditor negotium gerat, hoc est, sui lucri causa, non autem debitoris, ut sic non videatur ex propria negligentia teneri: nihilominus pro superfluo, quod restituere debet, immo magis ex propria negligentia tenebitur ad superfluum cum usuris restituendum, ut in simili eleganter docet ULPIANUS

in *L.* 6. §. *Sed. et si quis negotia mea D. de negot. gest.* Mit dieser Erklärung des spanischen Rechtsgelehrten stimmt auch der griechische Scholiast der Basiliken[76]) überein, welcher bey der *L.* 42. die Bemerkung macht: *ταῦτα νόησον ἔνθα κόυλπα ἐλέγχεται* i. e. *Hoc ita intelligendum est, si culpa eius arguatur.* Geschieht es jedoch durch einen bloßen Zufall, daß der Käufer insolvent wird, ohne daß dem Gläubiger dabey eine Nachläßigkeit mit Recht kann Schuld gegeben werden, so darf der Gläubiger diesen Schaden nicht tragen, sondern es bleibt ihm vielmehr der Schuldner verpflichtet, bis die Schuld bezahlt ist, wie uns Paulus lehrt, wenn er *L.* 9. *pr. D. de distract. pignor.* sagt: **Quaesitum est, si creditor ab emtore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset? Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum: quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.**

§. 873.

Verbindlichkeit des Schuldners.

Die Verpflichtungen des Pfandschuldners gehen I) auf Ersatz alles Schadens, den der Gläubiger aus der Verpfändung erlitten hat. Dahin gehört, wenn der Schuldner arglistig eine andere Sache unterschob, als er dem Gläubiger zum Pfande zu geben versprochen hatte; oder eine fehlerhafte, oder fremde, oder schon einem Andern verpfändete Sache zum Pfande gegeben hat. Ob es von dem Schuldner wissentlich geschehen ist, oder nicht, darauf kommt in Absicht auf die Verbindlichkeit desselben

76) Tom. IV. pag. 30. in fin. et sq.

zur Entschädigung des Gläubigers nichts an; sondern dieser Unterschied kommt nur dann in Betrachtung, wenn die Frage davon ist, ob sich der Schuldner eines Stellionats schuldig gemacht habe. Jedoch fällt die Verbindlichkeit zur Entschädigung alsdann weg, wenn der Gläubiger wissentlich eine fremde, oder die einem Andern schon verpfändete Sache zum Pfande annahm, oder wenn die einem Andern schon verpfändete Sache von so bedeutendem Werthe ist, daß sie auch dem zweyten Gläubiger noch hinlängliche Sicherheit gewährt. Hier kann freylich von keiner Entschädigung die Frage seyn, wenn auch der erste Gläubiger sein Pfandrecht geltend macht. Ueber diese Sätze dienen folgende Gesetzstellen zum Belege.

L. 1. §. 2. *D. h. t.* Si quis, cum aes pignori daret, adfirmavit, hoc aurum esse: ita ut pignori dederit: videndum erit, an aes pignori obligaverit: et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur? Quod magis est. Tenebitur tamen pigneratitia contraria actione, qui dedit: praeter stellionatum, quem fecit.'

L. 36. *pr. D. eodem.* Si quis in pignore pro auro aes subjecisset creditori: qualiter teneatur, quaesitum est? In qua specie rectissime *Sabinus* scribit: siquidem dato auro aes subjecisset, furti teneri; quodsi in dando aes subjecisset[77]), turpiter fecisse, non furem esse. Sed et hic puto pigne-

77) In den Basiliken Tom. IV. pag. 12. heißt es: *εἰ δὲ μόνον ἐπιδείξας τὸ χρυσοῦν ὑπήλλαξεν*, i. e. *sed si auro duntaxat ostenso aes subjecerit.*

ratitium iudicium locum habere: et ita POMPONIUS scribit. Sed et extra ordinem stellionatus nomine plectetur, ut est saepissime rescriptum.

§. 1. *eiusd. L.* Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque, vel si quis alii obligatam mihi obligavit, nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. Plane si ea res ampla est, et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debebit, cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneratitiam et de dolo actionem: quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.

L. 16. §. 1. *D. eodem.* Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam, vel alii pignoratam, vel in publicum obligatam dedit, tenebitur: quamvis et stellionatus crimen committat. Sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut *Marcellus* libro 6. Digestorum scribit. Sed si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium ei non competit.

L. 32. *D. eodem.* Cum debitore, qui alienam rem pignori dedit, potest creditor contraria pigneratitia agere, etsi solvendo debitor sit[78]).

78) Die Basiliken T. IV. pag. 12. haben das etsi nicht, sondern übersetzen die Stelle so: *Ἐὰν εὔπορός ἐστιν ὁ ἀλλότριον ἐνεχυράσας, ἐνάγεται τῇ περὶ ἐνεχύρων ἀγωγῇ.* i. e. *Si solvendo sit, qui rem alienam pignori dedit, actione pigneratitia tenetur.*

Hat der Gläubiger durch die ihm zum Pfande gegebene Sache selbst Schaden erlitten, z. B. das zum Pfande gegebene Pfand hat auf eine dem Instinct dieser Thiergattung sonst nicht gewöhnliche Art ohne alle Veranlassung und Schuld des Gläubigers geschadet; so kommt es darauf an, ob der Verpfänder dabey außer aller Schuld war, oder dem Gläubiger diesen ihm bekannten Fehler der Sache verschwieg. In dem ersten Falle kann der Schuldner dem Gläubiger die verpfändete Sache statt des Schadensersatzes überlassen. In dem andern Falle hingegen steht ihm dieser Ausweg nicht offen, sondern der Gläubiger kann hier mit Recht Entschädigung fordern, wie aus folgender Stelle des Afrikans erhellet.

L. 31. *D. h. t.* Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere. Quod si sciens furem pignori mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilominus habiturum me pigneratitiam actionem, ut indemnem me praestet. Eben diese Entscheidung findet auch bey allen andern Contracten Statt, wenn eine schädliche Sache dem Andern überlassen worden ist[79]).

II. Der Schuldner haftet auch für den Schaden, den er selbst durch Deterioration der verpfändeten Sache verursacht hat, es wäre denn, daß der Schade durch eine

79) *L.* 26. §. 7. *D. mandati.* *L.* 45. *D. locati.* *L. penult. Cod. Commodati.* *L.* 21. §. 2. *D. de act. rerum. amotar.* *L.* 58. *pr. D. de aedilit. edicto.* *L.* 61. §. 2. *sqq. D. de furtis.* S. *Iac.* Cujacius ad Africanum Tract. VIII. ad L. 31. D. de pignerat. act. und Westphals Pfandrecht §. 26. Not. 44.

Handlung geschehen wäre, wozu der Schuldner berechtiget war. Marcellus gibt uns hiervon *L.* 27. *D. de pignor.* folgendes Beyspiel: Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id, quod deest, persequendum? Quid si eum interfecisset, aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset, *ad exhibendum* tenetur, ubi autem eluscasset, *quasi damni iniuriae* dabimus *actionem* ad quantum interest, quod debilitando, aut vinciendo persecutionem pignoris ex inanierit. Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat; non existimo indignam rem animadversione et auxilio Praetoris. *Ulpianus* notat: si, ut creditori noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur. Zur Erläuterung dieser Stelle ist zu bemerken, daß ein Sklave, der von seinem Herrn wegen eines Vergehens einmal war in Ketten gelegt und gestraft worden, hierdurch viel von seinem Werthe im Handel verloren hatte. Der Herr durfte daher auch diesen Umstand beym Verkauf des Sklavens nicht verschweigen, wenn es der Käufer nicht etwa schon selbst wußte[80]). In dem Falle, von welchem Marcellus spricht, hatte der Herr seinen Sklaven, den er seinem Gläubiger verpfändet hatte, unverdienter Weise gestraft, und dadurch den Werth desselben dergestalt vermindert,

80) S. *L.* 48. §. 4. *D. de aedilit edicto. Io.* Suarez de Mendoza Commentar. ad Leg. Aquiliam. Lib. II. cap. III. Sect. II. nr. 45. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 124.)

daß beym Verkauf des Sklavens der Gläubiger aus dem daraus gelößten geringen Werth nicht seine vollkommene Bezahlung erhielt. Es fragte sich also, ob die von dem Verpfänder verschuldete Deterioration des Sklaven nicht für sich eine Klage begründe, wenn auch allenfalls die Schuldklage des Gläubigers unterdessen erloschen wäre[81])? **Marcellus** entscheidet diese Frage bejahend, und gibt dem Gläubiger in dem Falle, da der Schuldner den Sklaven todtgeschlagen, die *actio ad exhibendum*; hätte er ihm aber ein Auge aus dem Kopf, oder sonst zum Krüppel geschlagen, die *actio Legis Aquiliae* nämlich *utilis*, denn die *actio directa* kommt blos dem Eigenthümer zu[82]). **Ulpian** macht bey dieser Entscheidung noch die Bemerkung, daß wenn der Sklave eine solche Züchtigung verdient hätte, z. B. der Herr hatte ihn im Ehebruch bey seiner Frau betroffen[83]); so dürfe der Schuldner für den daraus entstandenen Schaden dem Gläubiger nicht haften.

III. Der Schuldner ist ferner den Gläubiger zu entschädigen verbunden, wenn letzter nach Veräußerung des Pfandes aus besondern Gründen sollte zur Evictionsleistung angehalten worden seyn, wofern ihm nur kein Dolus noch Culpa dabey zur Last fällt. Einen hierher gehörigen Fall entscheidet **Ulpian** *L.* 22. §. 4. *D. de pignerat. act.* Si

81) In den *Basilicis* T. IV. pag. 40. heißt es: *Tí γὰρ ὅτι ἐφθάρη ἡ ἐπὶ τῷ χρέει ἀγωγή; i. e. Quid enim si actio crediti interierit?*

82) Die *Basilica* c. l. haben τῷ ἀκουϊλλίῳ οὐτιλίῳ.

83) S. SUAREZ *de* MENDOZA in Commentar. ad Leg. Aquil. cit. loc. pag. 121. nr. 28. sqq.

creditor, quum venderet pignus, duplam promisit (nam usu hoc evenerat) et conventus ob evictionem erat, et condemnatus: an haberet regressum pigneratitiae contrariae actionis? Et potest dici, esse regressum; si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit; si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti vendidit, quanti vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere. Es war nämlich in der Praxis der Fall vorgekommen, daß der Gläubiger beym Verkauf der verpfändeten Sache dem Käufer, im Falle der Eviction, das Duplum versprochen hatte. Der Gläubiger war hierauf, wegen der nachher wirklich erfolgten Entwährung, belangt,, und auch seinem Versprechen gemäß verurtheilt worden. Es entstand daher nun die Frage, in wiefern ihm deßhalb der Regreß gegen den Schuldner zu gestatten sey? Ulpian unterscheidet, ob sich der Gläubiger bey dem Verkaufe des Pfandes mit der gehörigen Vorsicht und Klugheit benommen habe, und zugleich dabey auf den Nutzen des Schuldners bedacht gewesen sey, oder nicht. Ist das Erstere, und der Gläubiger hat z. B. bey der Veräußerung des Pfandes die Bezahlung des Duplum deßwegen übernommen, weil er ohne diese Bedingung den Verkauf entweder gar nicht, oder nicht so vortheilhaft zu Stande bringen konnte; so kann ihm der Regreß auf keine Art verweigert werden. Denn hier ist ihm durchaus nichts zur Last zu legen, da er zu der Vermuthung berechtiget war, daß ihm der Schuldner keine fremde Sache werde verpfändet haben. Ueberdem würde ja der Käufer, ohne jenes Versprechen des Gläubigers den Schuldner selbst in Anspruch

nehmen können[84]). Hat hingegen der Schuldner von dem Versprechen des Gläubigers gar keinen Vortheil gehabt, weil die Sache um den Preis, welchen der Käufer dafür bezahlt hat, ohne Schwierigkeit verkauft werden konnte, wenn gleich der Gläubiger sich zur Wiedererstattung des doppelten Kaufgelds auf den Evictionsfall nicht verpflichtet hätte; so kann der Gläubiger wegen des bezahlten Duplums von dem Schuldner keine Entschädigung verlangen, weil hier die Verpflichtung des Gläubigers unnöthig war, folglich dem Schuldner nicht zugemuthet werden kann, die nachtheiligen Folgen eines Versprechens zu tragen, welches weder ihm noch dem Verkäufer in irgend einer Rücksicht vortheilhaft werden konnte[85]). Der Gläubiger kann also in diesem Falle von dem Schuldner weiter nichts verlangen, als die Bezahlung der Schuld, wie Tryphonin in der gleich nachher folgenden, und mit jener in der genauesten Verbindung stehenden Stelle sagt. *L.* 23. *D. eodem.* **Nec enim amplius a debitore, quam debiti summam, consequi poterit. Sed si stipulatio usurarum fuerat, et post quinquenniam forte, quam pretium ex re obligata consecutus est, victus eam (sc. *duplam*) emtori restituit, etiam medii temporis usuras a debitore potere potest; quia nihil ei solutum esse, ut auferri non**

84) *L.* 11. §. 16. *D. de act. E. et V.* *L.* 10. *D. de distract. pignor.* *L.* 74. §. 1. *D. de eviction.* *L.* 1. *Cod. Crediter. eviction. pignoris non deb.*

85) S. *Franc.* DUARENUS in Commentar. ad h. Tit. cap. 9. *Oper.* pag. 967. und Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. Band. 6. Abhandl. S. 89. ff.

possit, palam factum est: sed si simplum praestitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione; quia habuit usum pecuniae pretii, quod ab emtore acceperat. Tryphonin entscheidet hier noch zwey andere Fälle. Erstens, wenn der Gläubiger bey der Veräußerung des Pfandes dem Käufer auf den Evictionsfall die Restitution des Kaufgeldes mit Zinsen versprochen hat. Dieser Fall ist in den Worten ausgedrückt: *si stipulatio usurarum fuerat*[86]). Zweytens, wenn der Gläubiger dem Käufer des Pfandes blos das Simplum, d. h. das Kaufgeld ohne Zinsen zurückzugeben versprochen, und sol-

86) Es ist ganz unrichtig, wenn man diese Worte von dem Falle erklärt, da sich der Gläubiger bey der Darleihung des Kapitals vom Schuldner hat Zinsen durch Stipulation versprechen lassen. Denn dazu wäre wegen der hier geschehenen Pfandgebung auch schon das bloße Pactum hinreichend gewesen. *L.* 11. §. 3. *D. h. t.* *L.* 37. *D. de Usur.* *L.* 3. *L.* 4. *L.* 5. *L.* 21. *Cod. eodem.* *L.* 5. §. 2. *D. de solut.* Ueberdem hätte es auch dann heißen müssen: *si stipulatus usuras fuerat.* Zwar lieset wirklich Haloander so, und ihm sind Vintimill in edit. Pandectar. *Paris* 1548. 8. und Bevilaqua in edit. *Veneta* 1549. gefolgt. Allein sie haben durch diese Aenderung der Leseart, welche allen Handschriften widerstreitet, zu erkennen gegeben, daß sie diese Stelle nicht verstanden haben. Eben so wenig redet Tryphonin von dem Falle, da der Gläubiger beym Verkaufe des Pfandes dem Käufer auf den Evictionsfall das Doppelte und noch die Zinsen des Kaufgeldes versprochen hat. Ein solches Beyspiel wäre in dem römischen Gesetzbuche unerhört, und dem Geist desselben zuwider, weil ja die andere Hälfte der auf den Evictionsfall bedungenen Dupla schon als Zinsen gilt, und man sich nicht das Nämliche zweymal versprechen lassen kann. *L.* 57. *D. de reg. iur.* *L.* 18. *D. de verb. obligat.*

ches in dem eingetretenen Evictionsfalle auch wirklich geleistet hat. (*Sed si simplum praestitit*)[87]). In dem ersten Falle hält Tryphonin für billig und gerecht, daß der Gläubiger, welcher dem Käufer die Restitution des Kaufgeldes mit Zinsen versprochen, und letztere in dem erfolgten Entwährungsfalle wirklich bezahlt hat, auch die Zinsen von Zeit der Veräußerung an, bis zur Zeit der Eviction[88]) nebst dem Kapital vom Schuldner verlangen könne, weil ja der Gläubiger, wenn er das Kaufgeld mit Zinsen hat zurückzahlen müssen, nun aus dem Verkauf des Pfandes gar keinen Vortheil gehabt hat, folglich die Sache nun so anzusehen ist, als ob gleichsam von der Zeit an der Schuldner in **mora** gewesen wäre. In dem letztern Falle hingegen, da der Pfandgläubiger wegen der Entwährung dem Käufer nur das bloße Kaufgeld ohne Zinsen zurückbezahlt hat, kann er auch von dem Schuldner keine Zinsen fordern, weil sie durch die Benutzung des Kaufpreises hinlänglich vergütet sind. Denn da die Zinsen für den Nutzen bezahlt werden, den man aus dem Gebrauche des Geldes ziehen kann, diesen Nutzen aber in dem gegebenen Falle der Gläu-

87) Der *Stipulatio simpli* geschieht zwar in der *L.* 32. *h. t.* ausdrücklich keine Erwähnung; allein die hier erwähnte Prästation ließ sich ohne eine Stipulation nicht denken. *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* *L.* 59. §. 4. *D. Mand.* *L.* 1. *Cod. Creditorem evictionem pignoris non deb.*

88) So erklären das *medium tempus* die *Basilica* Tom. IV. pag. 9. *Απαιτεῖ δὲ τὸ χρέος καὶ τοὺς τόκους τοὺς ἐξ ἐπερωτήσεως τοὺς μετὰ τὴν πρᾶσιν ἕως τῆς ἐκνικήσεως.* i. e. *Petit autem debitum et usuras ex stipulatione ex die venditionis in diem evictionis.*

biger aus dem ihm von dem Käufer bezahlten Pfandschilling hat ziehen können, so kann ihm mit Recht die exceptio doli entgegengesetzt werden, wenn er die Zinsen fordern wollte. Man sieht hieraus, daß Tryphonin hier überall den Fall vor Augen gehabt habe, da der Schuldner Zinsen von dem ihm dargeliehenen Kapital dem Gläubiger versprochen hatte. So lassen sich also die angeführten beyden Gesetzstellen in ihrer Verbinddung mit einander sehr leicht erklären, bey deren Erklärung die Rechtsgelehrten [89]) fast unüberwindliche Schwierigkeiten gefunden haben. Da der Schuldner von seiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger nicht befreyet wird, wenn der letztere, wegen übernommener Verbindlichkeit der Evictionsleistung, den Käufer des Pfandes hat entschädigen müssen; so hat der Gläubiger die Wahl, ob er im Falle der erfolgten Eviction gegen den Schuldner, wider welchen er den Regreß nehmen kann, die aus dem Pfandcontract entstehende Gegenklage, oder die Hauptschuldklage, welche in diesem Falle gleichsam wieder in das Leben zurückgerufen wird, anstellen

89) Vergleiche *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 23. D. h. t. *Reinh.* BACHOV Tr. de pignorib. et hyp. Lib. III. cap. 25. nr. 5. et 6. *Ant. Dad.* ALTESERRA Recitat. quotid. in Claudii Tryphonini Libros XXI. Disputationum (*Tolosae* 1679.) T. I. pag. 51. Westphals Pfandrecht. §. 214. Not. 238. Thibaut Versuche 1. Bd. 6. Abh. S. 91. ff. Desselben Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 38. S. 157 Not. m. Ergänzungsblätter zur allgem. Literat. Zeitung zum J. 1785—800. Nr. 36. und besonders *Ed. Henr.* HEYDENREICH Claudius Tryphoninus de iure pignorum. P. I. Commentat. ad L. 23. D. de pign. act. praes. *Paul. Christoph. Gottl.* ANDREAE def. *Vitebergae* 1812.

will *). Nur dann wird die actio pigneratitia vorzuziehen seyn, wenn das, was der Gläubiger wegen der Entwährung bezahlen mußte, die schuldige Summe übersteigt, weil diese auf die vollkommene Entschädigung des Gläubigers geht, die Condiction aber nur auf die Bezahlung der schuldigen Summe.

IV. Der Schuldner muß überdem den nothwendigen, so wie auch den mit desselben Einwilligung gemachten, oder aber ihm nicht zu lästigen nützlichen Aufwand dem Gläubiger vergüten, wenn nur in Ansehung des letztern der Gläubiger nicht gegen das Verbot des Schuldners handelte. Es ist jedoch davon schon oben bey den Rechten des Gläubigers (§. 866. S. 65. ff.) ausführlich gehandelt worden. Endlich

V. wenn der Schuldner den Besitz des Pfandes zu einem gewissen Zweck, z. B. zur Miethe oder zu einem widerruflichen Gebrauch von dem Gläubiger erhielt, so ist er schuldig, wenn jener Zweck aufhört, das Pfand unverzüglich zurückzugeben **); und hat er das Pfand heimlich aus

*) *L.* 12. §. 1. *D. de distract. pignor.*

**) *L.* 22. §. 3. *D. h. t.* Si post distractum pignus debitor, qui precario rogavit, vel conduxit pignus, *possessionem non restituat*, contrario iudicio tenetur. Hier hatte nicht, wie Westphal §. 25. Not. 42. diese Stelle versteht, der Schuldner, sondern der Gläubiger das Pfand verkauft, welcher letzterer dem Schuldner zu dem hier angegebenen Gebrauche in seinen Besitz eingeräumt hatte. Mit Recht kann also der Gläubiger gegen den Schuldner auf Zurückgabe des Pfandes klagen, um es dem Käufer tradiren zu können. Hotoman Observation. Lib. V. c. 12. will hier statt distractum *contractum* lesen; allein Bachov de pignorib. et hyp. Lib. III. cap. 29. nr. 9. pag. 278. hat diese Emendation mit Recht verworfen.

der Gewahrsam des Gläubigers entwendet, so macht er sich eines furti possessionis schuldig[90]).

§. 874.

Klagen aus dem Pfandcontract.

Die aus dem Pfandcontract entspringenden Klagen sind I. die *actio pigneratitia directa*, oder die Hauptpfandcontractsklage[91]). Diese steht dem Verpfänder zu, er mag das Pfand für seine eigene oder für eine fremde Schuld gegeben haben[92]), er sey Eigenthümer der Sache oder nicht[93]). Selbst dem Diebe und Räuber wird diese Klage gestattet, weil er dem Eigenthümer dafür verantwortlich ist[94]). Daß sie auch den Erben des Verpfänders zusteht, hat keinen Zweifel[95]). Sie wird gegen den Gläubiger angestellt, welcher das Pfand vermöge des Contracts empfangen hat[96]), zuweilen auch gegen mehrere

90) §. 10. *I. de obligat. quae ex delicto*. *L*. 4. §. 21. *D. de usurpat.*

91) S. *Leonh. Lud.* MENCKEN Observationes de actione pigneratitia. *Vitembergae* 1758. und Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 820. ff.

92) *L*. 13. §. *ult. D. locati*. Arg. *L. ult*. §. 1. *D. ad SCtum Vellejan.*

93) *L*. 9. §. 4. *L*. 20. *pr. D. h. t. L*. 11. §. 2. *D. de pignorib. et hypoth. L*. 11. §. 7. *L*. 12. *D. eodem*. VOET Comment. ad. Pand. h. t. §. 2.

94) L. 22. §. 2. *D. h. t.* Man sehe *Ant.* FABRI Conjectur. iur. civ. Lib. VII. cap. 19. und *Iust.* MEIERI *Ευδοξων* Iustinian. Dec. V. cap. 4.

95) *L*. 12. *Cod. de pignorib. L*. 2. *Cod. Si pignus pignori datum sit.*

96) §. *ult. I. Quib. modis re contrah. oblig.*

Personen, mit welchen der Contract zugleich geschlossen wurde[97]); zuweilen auch gegen einen solchen Beklagten, welcher nie Gläubiger geworden war, weil er entweder das Geld, welches er auf das Pfand zu leihen versprach, nachher gar nicht ausgezahlt hat, oder der Pfandcontract unter einer Bedingung geschlossen ward, welche nachher nicht existirte[98]). Die Klage geht a) auf Zurückgabe des Pfandes mit aller Zubehörung und Früchten[99]), weßhalb auch Ablegung der Rechnung verlangt werden kann[100]), wofern nicht etwa der Gläubiger die Früchte vermöge eines dem Pfandcontract angehängten antichretischen Vertrags genossen hätte[1]). b) Auf Herausgabe des bey Gelegenheit des Pfandes erhaltenen Gewinns[*]), z. B. wenn der Gläubiger von dem, welcher ihm das Pfand diebisch entwendet hatte, das Doppelte oder Vier-

97) *L.* 20. §. 1. *D. h. t.*

98) *L.* 11. §. 2. *D. h. t.* Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero, pigneratitia actione tenebor, et nulla solutione facta. Idemque etsi accepto lata sit pecunia, vel conditio defecerit, ob quam pignus contractum est. S. Bachov Tract. de pignor. et hypothec. Lib. V. cap. 17. p. 446.

99) *L.* 18. §. 1. *D. h. t.* *L.* 22. §. 2. *D. eodem.* *L.* 1. *et tot. Tit. Cod. de partu pignoris et omni causa.* *L.* 13. *L.* 29. §. 1. *D. de pignor. et hypoth.* S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 2. Bd. 1. Th. Nr. CXCVIII. Ded. I. §. 147. ff. Ded. II. §. 165. 169. 172. 173. Ded. III. §. 69. 74. 80. 81. f.

100) *L.* 1. *L.* 3. *D. h. t.* Der Gläubiger muß jedoch nicht nur die Früchte berechnen, welche er wirklich gezogen hat, sondern auch diejenigen, welche er noch hätte ziehen können, wenn er den Fleiß eines guten Wirths angewandt hätte. L. 4. cit Mencken cit. Diss. §. 8.

1) Voet h. t. §. 4.

*) *L.* 21. §. *ult.* *D. de pignor. et hyp.*

sache erhielt. Es muß nur nicht etwa der Verpfänder selbst den Diebstahl begangen haben. Hier lucrirt der Gläubiger die Strafe, damit das Vergehen des Verpfänders nicht ungestraft bleibe[1]). Es tritt auch hier die Regel ein: Poenae non solent repeti, cum depensae sunt[2]). Dort muß also der Gläubiger sich den Gewinn auf seine Schuldforderung anrechnen lassen, hier nicht, wie Ulpian sagt *L.* 22. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* **Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare, *Papinianus* confitetur. Et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor *furti actione* praestitit creditori, vel *condictione*, an debito sit imputandum videamus? *Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum.* Et ita *Papinianus* libro 9. Quaestionum ait. Idem *Papinianus* ait, etsi metus causa servum pigneratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat: nam si egerit, *quod metus causa factum est,* et quadruplum sit consecutus, nihil neque restituet ex eo, quod consecutus est, nec debito imputabit.** Die Stelle des Papinians, worauf sich hier Ulpian beruft, steht *L.* 79. *D. de furt.* wo es heißt: **Si debitor pignus subripuit, quod *actione furti* solvit, nullo modo recipit.** Ulpian gedenkt jedoch nicht blos der actio furti, sondern auch der condictio fur-

1) S. *Franc.* Duareni Comment. ad h. t. Cap. 4. *Operum* pag. 961.

2) *L.* 42 *D. de condict. indebiti.*

tiva. Diese letztere Klage ist eine condictio incerti[4]). Denn die condictio certi kommt nur dem Eigenthümer zu[5]). Beyde Klagen, die actio furti und condictio furtiva, stehen dem Pfandgläubiger zu, die Entwendung mag von einem Fremden oder von dem Schuldner selbst geschehen seyn, jedoch mit dem Unterschiede, daß in dem ersten Falle auf den Werth der Sache selbst, in dem letztern aber nur auf die Summe der Schuld gesehen wird, wenn gleich das Pfand mehr werth seyn sollte. Paulus lehrt dieses *L.* 87. *D. de furtis* ausdrücklich, wo er sagt: Creditori *actio furti* in *summam pignoris*, non debiti competit. Sed ubi *debitor ipse* subtraxisset pignus, contra probatur: ut *in summam pecuniae debitae*, et *usurarum eius*, furti conveniretur. Und zwar geht die condictio furtiva nur auf das Einfache, die actio furti auf das Doppelte, oder Vierfache. Ob aber der Gläubiger auch dasjenige lucrire, was er durch die condictio furtiva incerti von dem Schuldner erhalten hat, ist unter den Auslegern sehr streitig. Schon die Glossatoren waren deshalb verschiedener Meinung. Azo trug kein Bedenken, die Frage zu bejahen. Ihm folgten Accursius und fast alle übrige. Nur Irnerius war anderer Meinung. Cujaz[6]) trat auch der erstern Meinung bey. Der Hauptgrund für diese Meinung ist, weil sich der Gläubiger, welcher von seinem Schuldner durch die actio quod metus causa das Vierfache erhalten hat, auch nicht einmal ein simplum auf die

4) *L.* 12. §. 2. *D. de condict. furt.*

5) *L.* 1. *D. eodem.* Siehe diesen Commentar 13. Th. §. 838. S. 218. ff.

6) Recitat. ad Lib. IX. Quaestionum Papiniani h. L.

Schuld braucht anrechnen zu lassen, da doch bey dieser Klage nur das Triplum eigentlich die Strafe ist[7]). Unter den neuern stimmt dieser Meinung auch Westphal[8]) bey. Man glaubt also hier einen Fall zu finden, wo der Gläubiger zweymal eben dieselbe Sache zu fordern befugt sey. Der Gläubiger erhalte nämlich zuerst seine Forderung durch die **condictio furtiva**, wegen der Dieberey des Schuldners; nachher aber erhalte er sie noch besonders durch die Klage aus demjenigen Rechtsgrunde, woraus die Schuld ihren Ursprung nahm. Allein gerade aus diesem Grunde widersprechen Andere, unter denen besonders Anton Faber[9]), Janus a Costa[10]), Anton Schulting[11]), und Robert Joseph Pothier[12]) hier genannt zu werden verdienen; und zwar mit Recht. Denn unstreitig ist die Condiction nur eine **actio rei persecutoria**, welche gegen den Schuldner auf die Bezahlung der Schuld nebst den Zinsen geht, gerade so wie die Schuldklage selbst. Denn darin besteht ja blos das Interesse des Gläubigers *). Darf also der Gläubiger das, was er durch diese Klage erhielt, nicht auf die Schuld abrechnen; so fordert er nachher durch die Schuldklage offenbar noch einmal gerade das Nämliche. Dieß ist aber den Gesetzen schlechterdings entgegen. Nicht nur Cajus[13])

7) *L.* 14. §. 9. *et* 10. *D. Quod metus causa.*

8) Pfandrecht §. 19. Not. 25.

9) De Erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXI. Err. 3.

10) Commentar. ad Institut. ad §. 10. I. de obligation. quae ex delicto nasc. pag. 480.

11) Thesium controversar. Decad. L. Th. 6.

12) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. X. not. e. pag. 395.

*) *L.* 21. §. 3. *D. de pignor. et hyp.*

13) *L.* 57. *D. de reg. iuris.*

gibt die allgemeine Regel: *Bona fides non patitur, ut his idem exigatur*; sondern auch Paulus sagt ganz bestimmt *L.* 51. §. 1. *D. de re iudicata*, daß der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frey werde, wenn der Gläubiger das Interesse erhalten hat, und zwar mit Beyfügung des Grundes: *improbum esse eum, qui velit iterum consequi, quod accepit.* Wie kann also die Klage aus dem Schuldcontract noch Statt finden, wenn der Gläubiger durch die condictio furtiva das Seinige bereits vollkommen erhalten hat? oder wie Anton Faber[14]) ganz richtig sagt: Qui fieri potest, ut quicquam adhuc intersit eius, qui iam id omne sit consecutus, quod sua intereat? Aut ut ei, cuius nihil amplius intersit, salva nihilominus supersit actio pecuniae creditae? Tritum enim est, neque actionem neque exceptionem saltem efficacem ei dandam esse, cuius nihil interest, cum et obligationes et actiones et exceptiones ad hoc tantum comparatae sint, ut unusquisque quod sua interest, vel acquirat vel consequatur[15]). Eben deswegen redet auch Ulpian in der *L.* 22. *pr. cit.* wenn er lehrt, der Gläubiger brauche das nicht zu restituiren, was er von dem Schuldner wegen des von ihm begangenen Diebstahls erhalten hat, ausdrücklich nur von der actio furti. Dieser Klage, welche eine eigentliche Pönalklage ist, gedenkt auch Papinian namentlich nur in der Stelle[16]), worauf sich hier Ulpian bezogen hat, und Modestin gibt die Regel *L.* 74. *D. de Solution.* Id, *quod poenae nomine a de-*

14) De Erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXI. Err. 3.

15) *L.* 3. §. 1. *L.* 38. §. 17. *D. de verbor. obligationib.*

16) *L.* 79. *D. de furtis.*

bitore exactum est, lucro debet credere creditoris. Wie wenig sich eine cumulative Concurrenz der condictio furtiva und der Schuldklage annehmen läßt, ist insonderheit auch daraus zu ersehen. Wenn ein Fremder das Pfand aus der Gewahrsam des Gläubigers entwendet hat, und der Gläubiger hat gegen den Dieb actione furti geklagt, so sagt Ulpian nach Papinians Ausspruche, der Gläubiger müsse das, was er von dem Diebe empfangen hat, auf die Schuld abrechnen, und das Uebrige restituiren, wenn er gleich bey dem Diebstahl selbst nicht außer Schuld ist, und also selbst dabey ein Interesse hat, weil er dem Eigenthümer für den Werth stehen muß. Noch viel mehr aber müsse dieses von der condictio furtiva gelten. Denn was er durch die actio furti erhielt, war nichts als Strafe, allein was er durch die condictio furtiva erhält, ist seine Forderung. Diese kann er doch nicht zweymal bezahlt erhalten. Ein Grund, der so einleuchtend ist, daß Ulpian, wenn er nachher den Fall entscheidet, wo der Schuldner den Diebstahl selbst begangen hat, nicht einmal wegen der condictio furtiva weiter etwas hinzuzufügen für nöthig hielt, sondern sich blos auf die actio furti beschränkt, von welcher auch nur Papinian redete. Hieraus erklärt sich nun auch, warum dem Gläubiger das nicht angerechnet wird, was er durch die actio quod metus causa von dem Schuldner erhalten hat. Denn auch diese Klage nimmt die Eigenschaft einer Pönalklage an, wenn der Beklagte sich eines Ungehorsams schuldig macht[17]). Wenn nun gleich in dem Quadruplum, wozu der Beklagte verurtheilt werden kann, auch das Simplum steckt, so wird

17) §. 25. *I. de actionib.*

doch bey dieser Klage, sofern sie eine Pönalklage ist, und gegen den Pfandschuldner angestellt wird, darauf keine weitere Rücksicht genommen, weil es eine allgemeine Regel ist, welche Cajus *L.* 46. *D. de regulis iuris* gibt, wenn er sagt: Quod a quoquo poenae nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur. Mit Recht sagt daher Janus à Costa: Manet ergo certum, creditorem reddere, aut imputare id omne, quod accepit ab extraneo, quod autem ab ipso debitore, ita demum, si egerit condictione furtiva, non si actione furti, quae poenalis est. Mit dieser Erklärung stimmen denn endlich auch die Basiliken[18]) überein, in welchen es heiß: *Εἰ δὲ ὁ χρεώστις κλέψει, ἢ λάβῃ κατὰ φόβον τὸ ἐνέχυρον, ὕπερ καλῇ πίστει ὁ δανειστὴς τὴν εἰς ἐνέχυρον λαβών, τετραπλοῦν, ὅπερ ἂν παράσχῃ διὰ τῆς ἐπὶ κλοπῇ ἀγωγῆς, οὐκ ἀναλαμβάνει, οὔτε εἰς τὸ χρέος αὐτοῦ λεγίξεται.* i. e. Si vero ipse debitor subripuerit, vel metus causa pignus acceperit, quod bona fide creditor pignori acceperat, quadruplum, quod praestiterit per actionem furti, vel quod metus causa, non recipit, neque in debitum imputatur. Ob nun gleich hier die Worte: *vel condictione* nicht übersetzt sind, welche in der *L.* 22. *pr. D. h. t.* stehen; so ist doch deswegen noch kein hinlänglicher Grund vorhanden, solche mit Anton Faber[19]) für einen unächten Zusatz irgend eines Auslegers zu halten. Der Grund, daß die condictio furtiva von einem Nichteigenthümer nicht gegen den Eigenthümer selbst angestellt werden könne, will wenigstens nichts sagen, wie Ulrich Huber[20])

18) Tom. IV. pag. 8.

19) De Errorib. Pragmaticor. c. l. Err. 4.

20) Eunomia Rom. ad L. 22. pr. D. h. t. §. 2. pag. 543.

bereits gegen Faber gezeigt hat. Die Uebereinstimmung aller Handschriften und Ausgaben läßt uns auch an der Aechtheit jener Worte nicht zweifeln. Die actio pigneratitia directa geht ferner

c) auf den Ersatz alles mit Vorsatz oder durch eine verantwortliche Culpa verursachten Schadens (§. 867. u. 868.); nicht minder auf Leistung des Interesse, wenn der Gläubiger beym Verkaufe des Pfandes betrügerisch gehandelt hat[21]). Endlich

d) auf Herausgabe des Ueberschusses, und zwar mit Zinsen, wenn der Gläubiger solchen auf Zinsen ausgeliehen, oder in seinem Nutzen verwandt hat, oder bey der Restitution desselben säumig war[22]). Jedoch hat die Klage nicht eher Statt, als wenn das Pfandrecht des Gläubigers erloschen ist, es geschehe dieses entweder mittelbar durch gänzliche Tilgung der Schuld, oder unmittelbar durch sich selbst, wenn gleich die Schuldverbindlichkeit fortdauernd bleibt. Denn daß es Fälle gibt, wo das Pfand zurückgefordert werden kann, wenn gleich die Schuld noch gar nicht bezahlt, oder noch nicht ganz getilgt ist, ist schon oben (§. 871.) gezeigt worden. Daher gibt Ulpian die Regel *L.* 9. §. 3. *D. h. t.* **Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nasca-**

21) *L.* 4. *C. de distract. pignor.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 4. et 5.

22) *L.* 6. §. 1. *L.* 7. *L.* 24. §. 2. *L.* 42. *D. h. t.* Eine dingliche Klage stehet wegen des Ueberschusses dem Schuldner nicht zu, wenn auch der Gläubiger sich davon ein Grundstück gekauft haben sollte, wie *L.* 20. *Cod. de distract. pignor.* verordnet. S. Westphals Pfandrecht §. 256.

tur *pigneratitia actio*. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum; welche Bachov[23]) kürzer so ausdrückt: *Soluto vinculo pignoris, nasci et competere actionem pigneratitiam*. Hat der Verpfänder vor Bezahlung der Schuld geklagt, so ist zwar, wenn blos durch Tilgung derselben dem Pfandrechte des Gläubigers ein Ende gemacht werden konnte, die Klage noch zur Zeit unstatthaft. Allein der Fehler kann dadurch wieder gut gemacht werden, wenn der Kläger während des Prozesses das Geld gerichtlich anbietet, und deponirt. Hier kann dennoch der Gläubiger zur Herausgabe des Pfandes und Leistung des Interesse verurtheilt werden[24]). Uebrigens setzt die actio pigneratitia directa zwar eigentlich einen Pfandcontract voraus; jedoch gestatten sie die Gesetze wegen der persönlichen Verpflichtungen des Pfandgläubigers auch in andern Fällen, wo der Gläubiger ohne jenen Contract ein Pfandrecht, und vermöge desselben den Besitz des Pfandes erlangt hat. Dahin gehört a) wenn der Gläubiger den Besitz des Pfandes mittelst der hypothekarischen Klage erhielt, und bey dem Verkauf des Pfandes eine größere Geldsumme lösete, als worauf ihm die Sache verpfändet war. Diesen Ueberschuß kann sich auch der hypothekarische Gläubiger so wenig als der Faustpfandgläubiger zueignen[25]). b) Wenn dem hypothe-

23) Tr. de pignor. et hypoth. Lib. V. cap. 16.

24) *L*. 9. §. *ult*. *D*. *h*. *t*. Qui ante solutionem egit pigneratitia, licet non recte egit, tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam, et, quod sua interest, consequi. S. Westphals Pfandrecht §. 255. Not. 287.

25) S. Bachov de pignorib. et hyp. Lib. V. cap. 18. pag. 450.

tarischen Gläubiger bey der Ausübung des Retentionsrechts Mangel an gehöriger Aufsicht und Verwahrung des Pfandes zur Last fällt[26]). c) Wenn der Gläubiger, dem ein gesetzliches Pfandrecht an der Sache zustand, völlig befriediget worden ist. So z. B. kann derjenige, welcher ein praedium urbanum gemiethet hatte, wenn er nach völlig getilgter Miethschuld ausziehen, der Vermiether aber ihm seine Sachen, an denen dieser ein gesetzliches Pfandrecht hatte, nicht verabfolgen lassen will, gegen denselben mit der actio pigneratitia directa klagen[27]). Daß in dieser Hinsicht zwischen pignus und hypotheca kein Unterschied sey, hat Bachov[28]) einleuchtend gezeigt. Man pflegt jedoch die Klage in diesen Fällen eine actio pigneratitia utilis zu nennen[29]). Allein Ulpian, auf den man sich hier beruft, meint in der *L.* 5. §. 21. *D. Ut in possessionem legator.* wo er sagt: Quinimo et si amplius, quam sibi debetur, perceperit legatarius, *exemplo pigneratitiae actionis* etiam *utilis actio* ad id refundendum dari debebit; wohl eigentlich nur die *actio in factum*, welche nach *L.* 9. *pr. D. de rebus auct. iudicis possid.* dem Schuldner gegen den immittirten prätorischen Pfandgläubiger gestattet wird, wenn dieser aus dem Ertrag der Güter mehr Nutzen gezogen hat, als die Schuld beträgt. Ulpian

26) *L.* 34. *D. de damno infecto.*

27) *L.* 11. §. 5. *D. h. t.*

28) Cit. loco. pag. 451.

29) *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 13. Erxleben de iure pignor. §. 297. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 662.

findet wenigstens an andern Orten[30]) kein Bedenken, die actio pigneratitia ohne alle Modification dem Schuldner in den bemerkten Fällen zu gestatten.

II. Die Gegenpfandcontractsklage (*actio pigneratitia contraria*). Diese stellt der Gläubiger oder dessen Erbe gegen den Verpfänder oder dessen Erben an, und geht auf eine dem Kläger zu leistende Schadloshaltung. Worin diese Entschädigung besteht, ist schon §. 873. bey den Verbindlichkeiten des Schuldners gezeigt worden.

§. 875.

Findet die actio pigneratitia directa gegen den Dritten Statt?

Aus Allem ergibt sich also, daß die Klagen aus dem Pfandcontracte nur Verfolgung der Rechtsverhältnisse zwischen Schuldner und Gläubiger zum Zweck haben. Sie sind folglich ihrer Natur nach persönliche Klagen. So wenig daher 1) die actio pigneratitia directa von einem Dritten angestellet werden kann, der weder selbst den Pfandcontract mit dem Gläubiger geschlossen hat, noch des Verpfänders Erbe geworden ist, wenn er gleich dem Schuldner, um ihn aus der Noth zu helfen, seine Sache zum Verpfänden gab; eben so wenig findet auch 2) die genannte Klage gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache Statt, wenn etwa der Gläubiger das Pfand weiter versetzt, oder solches gar veräußert hätte. So wie daher in dem ersten Falle der Eigenthümer sich an den Schuldner halten, und gegen diesen aus dem mit ihm geschlossenen

30) *L.* 11. §. 5. *D. h. t.* S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 11. und Meißners vollst. Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte §. 46.

Contract, actione commodati oder actione praescriptis verbis klagen muß; so muß in dem andern Falle der dritte Besitzer der verpfändeten Sache durch die Eigenthumsklage belangt werden. Ersteres erhellet aus *L.* 5. §. 12. *D. Commodati*, wo Ulpian sagt: Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repignoras, ut mihi reddas: LABEO ait: *commodati actionem* locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel *in factum*, vel *ex locato conducto* agendum erit. Hierher gehört ferner die *L.* 27. *D. h. t.* wo es heißt: Petenti mutuam pecuniam creditori, cum prae manu debitor non haberet, species auri dedit, ut pignori apud alium creditorem poneret: si iam solutione liberatas receptasque eas is, qui susceperat, tenet, exhibere iubendus est: quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt, voluntate domini nexae videntur: sed ut liberatae tradantur, *domino earum propria actio adversus suum creditorem competit.* Der Eigenthümer kann hier die seinem Gläubiger zum Verpfänden gegebene Sache nicht mit der actio pigneratitia directa zurückfordern. Diese Klage findet weder gegen den Gläubiger des Eigenthümers, noch gegen den Gläubiger seines Gläubigers Statt, wenn dieser die Sache noch nicht zurückgegeben haben sollte, weil er mit keinem von beyden einen Pfandvertrag über die Sache geschlossen hat. Die *propria actio*, welche hier der Eigenthümer gegen seinen Gläubiger anstellen muß, ist also die *actio praescriptis verbis*, wodurch er verlangt, daß sein Gläubiger das Pfand einlöse, und ihm zurückgebe[21]). Denn er gab

21) S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 5. Nr. XIV.

die Sache seinem Gläubiger darum zu verpfänden, um sich hierdurch einen Aufschub der Zahlung zu verschaffen. Der Gebrauch, wozu die Sache gegeben wurde, war also hier kein bloßer usus gratuitus. Daher kann die actio commodati nicht wohl angestellet werden [32]). Daß aber auch die actio pigneratitia directa nicht gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache angestellt, sondern dieser mit der rei vindicatio oder einer andern passenden Klage belangt werden müsse, lehren folgende Gesetzstellen. a) *L.* 13. *pr. D. h. t.* Hier heißt es: Si cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum, et emtorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit IULIANUS, et est rescriptum, *ob hanc conventionem pigneratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem:* sed et ipse debitor aut *vindicare* rem poterit, aut *in factum actione* adversus emtorem agere. Es ist hier ein solcher Fall vorauszusetzen, wo der Verkauf des Pfandes ungültiger Weise von dem Gläubiger geschehen war, vielleicht weil der Zahlungstermin noch nicht eingetreten war. Allein der Gläubiger hatte mit dem Käufer des Pfandes verabredet, daß wenn ihm der Schuldner das Kaufgeld wieder erstatten würde, er ihm das Pfand herausgeben solle. Wegen dieses Vertrags kann nun zwar der Schuldner mit der actio pigneratitia directa gegen den Gläubiger klagen, daß er ihm seine Rechte wegen der Zurückgabe des Pfandes ge-

not. g. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. und Westphals Pfandrecht §. 116. Not. 138.

32) *L.* 3. *Cod. de commodato.*

gen den Käufer desselben abtrete[33]); allein gegen den dritten Besitzer kann er diese Klage nicht anstellen. Gegen diesen wird dem Schuldner die Reivindication oder die actio in factum gestattet. Diese *actio in factum* ist, wie auch Westphal[34]) annimmt, vermuthlich die actio utilis, welche nach der Verordnung des Antoninus Pius, ein Mandant auch ohne Cession gegen den Dritten anstellen kann, mit welchem der Bevollmächtigte in seinem Namen gehandelt hat. Denn der Pfandgläubiger handelt bey der Veräußerung des Pfandes als ein Bevollmächtigter des Verpfänders. Der Mandatar muß aber seinem Gewaltgeber seine Rechte gegen den Dritten cediren, mit dem er, als Mandatar, contrahirt hat. Es kann jedoch auch der Prinzipal ohne Cession actione utili klagen[35]). So stimmt also die Entscheidung Ulpians mit den Rechtsgrundsätzen seines Zeitalters vollkommen überein, und man hat hier gar nicht nöthig mit Anton Faber[36]) einen Tribonianismus anzunehmen, wie auch schon Gerhardt Noodt[37]) gezeigt hat. b) *L.* 2. *D. de*

33) Sonst kann zwar nach der Subtilität des röm. Rechts Niemand zum Vortheil eines Dritten paciſciren. *L.* 73. §. *ult. D. de div. reg. iur.* Allein da hier dem Gläubiger selbst daran gelegen ist, daß der Vertrag dem Dritten gehalten werde, so wird hier der Vertrag eben so angesehen, als ob ihn der Gläubiger für sich geschlossen hätte. Man sehe auch *L.* 7. *pr. D. de distract. pignor.*

34) Pfandrecht §. 219. Not. 243. S. 317.

35) *L.* 13. §. 25. *de act. E. Vend.*

36) De errorib. Pragmaticor. Decad. XXII. Err. q.

37) Commentar. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. *Operum* T. II. pag. 443. sq. §. *Effectus venditi pignoris* etc.

pignorib. Fideiussor, qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias solvit, si mandati agat, vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet. *Caeterum iudicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest.* Nach dieser Stelle des Papinians kann der Bürge, welcher den Gläubiger befriediget, und die Pfänder übernommen hat, dennoch vom Schuldner mit der actio pigneratitia nicht belangt werden, wenn er auch durch eine Cession in die Rechte des Gläubigers eingetreten ist. Denn der Cessionar bleibt im Verhältniß zum Schuldner doch nur wie ein Fremder zu betrachten, mit dem er keinen Pfandvertrag geschlossen hat. Das zwischen ihnen statt habende Verhältniß ist also blos nach dem Mandatsvertrage zu beurtheilen [38]). c) *L. 2. D. Quibus mod. pignus solvit.* Si creditor Serviana atione pignus a possessore petierit, et possessor litis aestimationem obtulerit, et ab eo debitor *rem vindicet:* non aliter hoc facere concedetur, nisi prius ei debitum offerat. Der dritte Besitzer, gegen welchen der Gläubiger die Hypothek mit der actio Serviana verfolgt hatte, hatte die auf der Sache haftende Schuld bezahlt, und die Hypothek getilgt. Durch diese Befreiung des Grundstücks von der darauf gehafteten Hypothek hat er die Sache wirklich meliorirt. Dem Schuldner bleibt nun zwar unbenommen, die Sache als sein Eigenthum zu vindiciren, aber er muß dem Besitzer die Melioration vergüten, d. i. ihm die Schuld bezahlen, eben so, als ob dieser selbst der Gläubiger wäre. Ganz das Nämliche wird *L. 28. pr. D. h. t.* gesagt, wo es heißt: Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessio-

38) S. Westphals Pfandrecht §. 228. Not. 252.

ne Serviana actione petierit, et litis aestimationem consecutus sit; postea debitor eandem rem petens, exceptione summovetur: nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est. Daß gegen den dritten Besitzer die Eigenthumsklage anzustellen sey, erhellet d) aus *L.* 65. *D. de rei vindicat.* wo Papinian sagt: Emtor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperaverit: scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit. Daß hier nicht von der actio pigneratitia, sondern von der Eigenthumsklage die Rede sey, lehrt schon der Titel, unter welchem dieses Fragment befindlich ist. Eben dieses lehrt der Zusammenhang dieser Stelle mit *L.* 48. *D. eodem,* welche aus eben dem *libro* 2. *Responsorum Papiniani*, wie *L.* 65. genommen ist. Auch hier ist der Fall, wo der dritte Besitzer, welcher ein von dem Eigenthümer verpfändetes Grundstück von einem Nichteigenthümer gekauft, den hypothekarischen Gläubiger wegen Kapitals und rückständiger Zinsen befriediget hatte. Der Verpfänder klagte gegen den Besitzer mit der Eigenthumsklage. Daß der Besitzer das Grundstück dem rechten Eigenthümer herausgeben müsse, leidet keinen Zweifel. Aber er kann auch von Rechtswegen verlangen, daß ihm von dem Eigenthümer das an den Gläubiger desselben bezahlte Geld, wodurch die auf dem Grundstück vorhanden gewesene Hypothek getilgt worden ist, wieder ersetzt werde, insofern er nicht etwa durch den Genuß der Früchte, so weit er sie als bonae fidei possessor lucrirt, dieser Gegenforderung wegen entschädi-

get worden ist[39]). In Verbindung mit den bisher erklärten Gesetzen können denn auch folgende Stellen des römischen Gesetzbuchs nicht wohl von einer andern Klage, als der Reivindication, verstanden werden; nämlich e) *L. 2. Cod. Si pignus pignori datum sit.* Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris iure fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit; examinata fide veri, poteris eam, soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, intercessu Praesidis provinciae recuperare. f) *L. 2. Cod. Si vendito pignore agatur.* Servos, quos nullo iure a creditore venisse dicis, pater tuus, vel tu, si hereditas eius ad te pertinet, a possessoribus petere potes. Quod si usucapti sunt, petat prater tuus pretium eorum a creditore, qui non iure eos vendidit. g) *L. 3. Cod. eodem.* Si uxor tua Praesidi provinciae probaverit, cum aureos triginta deberet, servos suos amplioris pretii *per gratiam* aureis viginti creditorem vendidisse, eumque solvendo non fuisse: *iubebit emtores, recepto pretio, restituere servos.* Zur Erläuterung der letzten Stelle ist zu bemerken, daß wenn gleich in dem Falle, von welchem dieselbe redet, der Käufer und Verkäufer nicht außer Gefährde waren, wie die Worte *per gratiam* anzeigen, dennoch der Verkauf des Pfandes an sich nicht ungültig war. Daher muß hier der Schuldner zuvörderst die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er die Reivindication gegen den dritten Besitzer anstellen will. Denn das Eigenthum des Pfandes ist auf den Käufer überge-

39) S. HUBER Praelect. ad Pandect. Lib. VI. Tit. I. §. 10. und Westphals Pfandrecht §. 258. Not. 290.

gangen. Hieraus erklärt sich denn auch, warum der Käufer nur dann erst in Anspruch genommen werden kann, wann der Verkäufer außer Stande ist, den Verpfänder schadlos zu halten. Denn die Restitution in den vorigen Stand ist ein außerordentliches Rechtsmittel, welches in der Regel nur dann gestattet wird, wenn der Verletzte durch ordentliche Mittel den Schaden vollständig von sich abzuwenden nicht vermag. Daher muß hier der Verpfänder vor allen Dingen mit der actio pigneratitia directa gegen den Gläubiger auf das Interesse klagen, ehe er den Käufer belangen kann, wie auch Cujaz[40]) ganz richtig bemerkt hat. Dieser Gründe ungeachtet, sind doch viele Rechtsgelehrten[41]) anderer Meinung. Man gibt zwar zu, die actio pigneratitia directa sey eine persönliche Klage, man glaubt aber, sie sey zu denjenigen persönlichen Klagen zu zählen, welche auch gegen den dritten Besitzer Statt finden, und welche daher actiones in rem scriptae genannt zu werden pflegen. Den Beweis hiervon meint man nicht nur in den bisher angeführten Gesetzen zu finden, in welchen nämlich der Grund der Pfandcontractsklage, nämlich Bezahlung der Schuld, sehr deutlich ausgedrückt werde; sondern man beruft sich noch

40) Recitat. solemn. in Codicem. ad Tit. 29. libri VIII. *Si vendito pignore agatur*. §. Quod si iure facta sit venditio. etc. Man sehe auch Westphals Pfandrecht §. 220. Not. 244.

41) Mevius Decision. P. V. Decis. 342. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLV. medit. 5. Berger Oecon. iuris. Lib. III. Tit II. Th. 17. not. 3. Wernher Select. Observation. for. Tom. III. P. III. Obs. 2. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 70. Mencken Diss. de actione pigneratitia. §. 13. Püttmann Adversar. iuris univ. Lib. II. cap. 3.

insonderheit auf eine Stelle des canonischen Rechts, nämlich auf das *cap.* 6. *X. de pignorib.* wodurch vollends die Sache außer allem Zweifel gesetzt seyn soll. Allein eine nähere Beleuchtung dieser Stelle wird uns von dem Gegentheil überzeugen. Die Stelle lautet so: **Cum contra nobilem virum G. Deentem, civem Anagninum super quibusdam possessionibus, quas quondam pater tuus L. de Saul pro certa quantitate pecuniae obligaverat, et ipsius creditoris heredes praedicto G. pignoraverant, movisses in nostra praesentia quaestionem, legitime probavisti, quod ex earum proventitibus tantum fuerat tam ab eodem G. quam ab aliis, quia eas tenuerant, a tempore, quo fuerant obligatae, perceptum, quod fructus sorti poterant adaequari. Nos igitur attendentes, quod in talibus perceptio fructuum in solutione sortis accedat, cum secundum canonicas sanctiones fructus restitui, et in sortem debeant computari: considerantes etiam, quod possessiones ipsae iam extenuassent penitus totum onus et debitum annullassent,** ***ipsas tibi restituentas esse decrevimus et te per nuncium nostrum in possessionem induci fecimus corporalem.*** Es wird nun zwar in dieser Stelle allerdings verordnet, daß nach bezahlter Schuld, und sey sie auch, wie in dem Falle, welchen hier der Papst Innocenz III. entscheidet, durch die Früchte der Sache getilgt worden, das Pfand restituirt werden müsse, und daß der Verpfänder befugt sey, die verpfändete Sache auch von einem dritten Besitzer, an den sie der Pfandgläubiger wieder verpfändet hat, zurückzufordern. Allein das Gesetz bestimmt hier so wenig, als es in den bereits angeführten Stellen des römischen Rechts geschehen war, die Art der

Klage, welche gegen den dritten Besitzer der Sache anzustellen sey. Es muß also immer eine dazu geeignete Klage vorausgesetzt werden. Man wendet zwar ein, der ganze Inhalt des Textes werde jeden Unbefangenen, welcher die Worte desselben nur etwas genauer erwägt, lebhaft überzeugen, daß das Gesetz nicht von der Eigenthumsklage verstanden werden könne, sondern die Pfandcontractsklage unverkennbar darin angedeutet werde. Schon das, was der Papst von dem hier unternommenen Beweise anführe, setze dieses außer allem Zweifel. Denn wäre die Eigenthumsklage angestellt worden, so hätte der Kläger sein Eigenthum beweisen müssen. Hiervon werde aber in dem angeführten Text kein Wort gesagt, sondern der Kläger hatte blos dargethan, daß die Forderung seines Gläubigers durch die aus dem verpfändeten Grundstück gezogenen Früchte getilgt sey. Dieser Beweis würde bey der Reivindication unnütz und lächerlich seyn, wo der Besitzer die Sache umsonst herausgeben muß; hingegen der **actio pigneratitia** sey er vollkommen angemessen indem der Kläger, bey derselben darthun muß, daß der Beklagte entweder durch baare Bezahlung der Schuld, oder durch Compensation der genossenen Früchte befriediget sey. Man brauche nur die *L.* 1. *Cod. de pignerat. act.* mit dem *cap.* 6. *X. de pignorib.* zu vergleichen., um sich zu überzeugen, daß in beyden Stellen von der Pfandcontractsklage gehandelt werde. Dieß sind die Gründe, welche besonders Leyser gebraucht hat. Er glaubt überdem, daß es auch schon die Billigkeit erfordere, daß der Schuldner die verpfändete Sache nicht umsonst durch die Reivindication wieder erlange, sondern daß er vielmehr das, was er von dem Gläubiger empfangen, dem redlichen Besitzer restituire, um

sich nicht mit dessen Schaden zu bereichern. Allein das ganze Leysersche Raisonnement beruhet auf einer unrichtigen Ansicht des hier von dem Papst entschiedenen Rechtsfalles. Der Gläubiger, oder, welches hier gleichviel gilt, desselben Erben, hatten das Pfand an einen Dritten weiter verpfändet, der solches also jetzt, und zwar auch nur als Pfandgläubiger, im Besitz hatte. Wie konnte hier der Besitzer auf den Einfall gerathen, sich das Eigenthum anzumaßen, wenn der Verpfänder das Pfand vindicirte? Wie konnte hier ein Streit über das Eigenthum entstehen, welcher den Beweis desselben nothwendig gemacht hätte? Es war genug, wenn der Kläger bewies, daß der Beklagte die Sache von seinem, des Klägers, Gläubiger, als ein Pfand erhalten habe. Man sieht also, warum hier der Beweis des Eigenthums nicht zur Sprache kam. Da jedoch dem Verpfänder durchaus nicht eher ein Recht zusteht, das Pfand zurückzufordern, als wenn die Schuld, oder das Pfandrecht auf irgend eine Art getilgt ist; so kam es freylich in dem gegenwärtigen Falle nur hauptsächlich darauf an, daß der Schuldner nachwies, das Pfandrecht sey durch den Genuß der aus dem verpfändeten Grundstück erhobenen Früchte erloschen, und die Schuld damit getilgt. Natürlich mußte nun der zweyte Gläubiger condemnirt werden, die Sache dem ersten Verpfänder zu restituiren, weil dessen Pfandrecht von keiner längern Dauer, als das Pfandrecht des ersten Gläubigers, seyn konnte[42]). So überflüßig also hier der Beweis des Eigenthums gewesen wäre, da Niemand dem Kläger das Eigenthum streitig machte, so nothwendig war der hier von dem Kläger geführte Beweis,

42) *L.* 40. §. 2. *D. de pignerat. act.*

weil, so lange die Pfandklage gegen den Gläubiger selbst nicht Statt hatte, auch die Sache nicht von dem dritten Besitzer abgefordert werden konnte. Daraus folgt nun also noch gar nicht, daß hier von der actio pigneratitia die Rede sey, da derselben überdem mit keinem Worte gedacht wird. Es widerlegt sich auch dadurch der Einwand, daß bei der Reivindication der Beweis, von welchem in unserm Text die Rede ist, unnütz und lächerlich gewesen wäre, weil der Besitzer die Sache umsonst herausgeben müsse. Zwar hat der Satz, daß die Herausgabe der Sache bey der Reivindication umsonst geschehen müsse, als Regel allerdings seine Richtigkeit; er leidet aber doch auch seine Ausnahmen, wie aus der bereits oben angeführten *L. 65. pr. D. de rei vindicat.* deutlich genug erhellet. In der That aber behauptet die angeführte Regel auch hier ihre Gültigkeit. Denn hat der erste Verpfänder seinen Gläubiger völlig befriediget, so muß der zweyte Gläubiger, an welchen jener das Pfand weiter versetzt hat, solches dem ersten unentgeldlich herausgeben, wenn ihm gleich sein Schuldner das Pfand für eine größere Schuldsumme verpfändet hätte. Dieser mag sich dann an seinen Schuldner und Verpfänder halten. Ein Retentionsrecht steht ihm deswegen gegen den ersten Verpfänder nicht zu, wenn dieser das Pfand vindicirt, wie auch schon bey einer andern Gelegenheit (§. 860. S. 59.) vorgekommen ist. Hätte der Gläubiger die Sache vermöge eines Auftrags des Schuldners weiter verpfändet, oder cedirt er dem letztern seine Klage gegen den dritten Besitzer, so versteht sich zwar von selbst, daß die actio pigneratitia gegen den Dritten Statt finde, allein juristisch ist dieses keine Ausnahme von jenem Satz,

wie auch Thibaut[43]) und Emminghaus[44]) ganz richtig bemerkt haben. Aus allem erhellet nun deutlich genug, wie unerheblich die Gründe sind, womit man die Zulässigkeit der actio pigneratitia wider einen dritten Besitzer beweisen will. Die meisten Rechtsgelehrten[45]) vertheidigen daher mit Recht die entgegengesetzte Meinung.

43) System des P. R. 2. Band. §. 662.

44) ad Cocceji ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 15. not. p. pag. 261.

45) *Iust. Henn.* Boehmer Iur. Eccles. Protest. Tom. I. Lib. I. Tit. 2. §. 72. *Io.* Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. XXVI. §. 8. sqq. *Io. Ulr. de* Cramer Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 375. *Io.* Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 3. *Io. Henr.* Berger Supplementa ad Electa disceptation. for. P. I. Tit. 5. §. XXXI. pag. 99. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. et 15. *Reinh.* Bachovius Tr. de pignor. et hypoth. Lib. V. cap. 19. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 16. *Franc.* Alef Diss. de usu actionis pigneratitiae contra tertium rei oppignoratae possessorem. In eius *diebus academ.* s. *Opuscul.* Heidelb. 1753. 4. Diss. XV. pag. 467. sqq. Westphal Pfandrecht §. 258. *Car. Frid.* Walch introd. in controv. iur civ. pag. 735. sq. *Io. Nic.* Lütkens Diss. de actione pignoratitia contra tertium non competente. *Goett.* 1777. *Christ. Nic.* Schlichtkrull Disput. sist. quaestionem: an actio pignoratitia directa contra tertium possessorem institui quaeat? *Gryphiswaldiae* 1777. *Abrah.* Brack Diss. de actione pigneratitia contra tertium pignoris possessorem competente et non competente. *Giessae* 1786. *Car. Christ.* Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1889. *Io. Ern. Iust.* Müller Observation. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. I. Observat. 342. und Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. Band Betracht. XVII. S. 226. ff.

Aus den Prämissen entscheidet sich noch eine andere Frage, welche ebenfalls sehr streitig ist, nämlich wenn ehe die Pfandcontractsklage verjährt werde? Daß dazu die ordentliche Verjährungszeit nicht genüge, ist gewiß. Folgende klare Gesetzstellen lassen uns auch hieran gar nicht zweifeln.

L. 10. *Cod. h. t.* Nec creditores, nec qui his successerunt, adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita iure debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata et consignata et deposita, *longi temporis praescriptione* muniri possunt.

L. 12. *Cod. eodem.* Quominus fructuum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, ac residuo debito soluto, vel si per creditorem factum fuerit, quominus solveretur, oblato et consignato et deposito, pignora, quae in eadem causa durant, restituat debitori: *nullo spatio longi temporis* defenditur.

Daraus folgt nun aber nicht, daß die actio pigneratitia directa hiermit für unverjährbar erklärt worden sey, wie viele [46]) behaupten wollen. Zwar kann freylich der Pfandgläubiger durch keine Verjährung das Eigenthum der Sache, welche er als Pfand besitzt, erwerben, weil es ihm an allen Erfordernissen der acquisitiven Verjährung mangelt. *L.* 13. *pr. D. de Usurpat. et usucap.*

46) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLV. medit. 9. *Io. Lud.* Schmidt Diss. de praescriptione actionis pigneratitiae directae, praes. *Io. Casp.* Heimburgio def. *Ienae* 1756. §. 45. Aug. Siegm. Kori Theorie der Verjährung. Leipzig 1811. §. 92. u. a. m.

sagt ausdrücklich: Pignori rem acceptam usu non capimus, *quia pro alieno possidemus*. Eben dieß will das deutsche Sprüchwort sagen: Versatz verjährt nicht[47]. Allein es ist hier von keiner acquisitiven, sondern blos extinctiven Verjährung die Rede. Dieser ist die actio pigneratitia directa allerdings unterworfen, weil nach der allgemeinen Vorschrift der *L.* 3. *Cod. de praescript* 30. *vel* 40. *annor.* alle Klagen, sie seyen persönliche, oder dingliche, in dreißig Jahren durch Verjährung erlöschen sollen. Von dieser Regel haben die Gesetze in Ansehung der Pfandklage keine Ausnahme gemacht[48]. Es kommt also nur noch darauf an, von welcher Zeit an diese dreyßigjährige Präscription bey der actio pigneratitia directa ihren Anfang nehme? Dieß ist nun eine Frage, worüber sehr gestritten wird. Es gibt hierüber zweyerley Meinungen unter den Rechtsgelehrten. Einige[49]) nehmen an, die

47) S. Joh. Fried. Eisenharts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. S. 321. der neuern Ausgabe. Leipzig 1792.

48) S. *Lud. God.* Madihn ad *Menckenii* doctr. de actionib. for. Not. 558. pag. 197. und Christph. Christ. Dabelow über die Verjährung. 2. Th. §. 167. u. 168. In einem Falle dauert jedoch die actio pigneratitia directa nur zwey Jahre, nämlich wenn sie auf Einlösung eines dem Gläubiger vom Regenten zugeschlagenen Pfandes gehet. *L.* 3. §. 3. *Cod. de iure dominii impetrando*. S. Dabelow 2. Th. §. 162. S. 226. u. Thibaut System des Pand. Rechts. 2. B. §. 1039.

49) *Reink.* Bachovius Tr. de pignorib. et hypoth. Lib. V. cap. 20. *Arn.* Vinnius Select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 6. *Petr. de* Toullieu Diss. Iuri luendi ac repetendi pignoris an praescribatur? in eius *Collectan. iur. civ.*

Verjährbarkeit dieser Klage fange gleich von dem Augenblick an, da der Pfandcontract geschlossen worden. Ihr Hauptgrund ist, weil es eine Nachläßigkeit von Seiten des Schuldners sey, wenn er den Gläubiger nicht binnen rechtsverjährter Zeit befriedigte, und dadurch sich in den Stand setzte, seine Pfänder abfordern zu können. Diese Nachläßigkeit könne dem Schuldner nicht zu Statten kommen, weil die Verjährung zur Bestrafung der Nachläßigkeit eingeführt sey. Andere[50]) hingegen behaupten, daß die auf Zurückforderung des Pfandes zu richtende Klage erst von der Zeit an verjährbar werde, da der

Diss. III. p. 106. sqq. §. 70. sqq. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 19. Westphal Pfandrecht §. 259. u. a. m.

50) *Io.* Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 7. *Ant.* Schulting Thes. controvers. Dec. L. Th. 9. *Sam.* Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 12. *Petr.* Müller ad *Struvii* Syntagma iur. civ. Exerc. XIX. Th. 49. not. ξ. *Ge.* Frantzkii Commentar. in Pand. h. t. nr. 12. et 13. *Io. Henr. de* Berger Oecon. iuris. Lib. III. Tit. 2. Th. 17. Not. 2. *Io. Henr. Christ.* Erxleben Princip. de iure pignor. et hypoth. §. 294. et 295. *God. Lud.* Mencken Doctr. de actionib. for. pag. 196. §. 23. *Car. Frid.* Voigt Diss. de praescriptione actionis pignoratitiae directae, praes. *Io. Matth.* Martini, *Rostochii* 1794. def. Mousson Diss. eiusd. argum. praes. *Christ.* Gmelin def. *Tubingae* 1796. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 53. *Ioh. Ern. Bernh.* Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 19. not. t. Ad. Diet. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1182. Not. 3. S. 1128. Christoph. Christ. Dabelow über die Verjährung. 2. Th. §. 167. und 168. und Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessant. Gegenst. der heut. Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. Betr. 18.

Schuldner die Pfandschuld abgetragen hat. Denn die Pfandklage werde erst in dem Augenblick eine **actio nata**, da die Bezahlung der Schuld geschehen, und dennoch die Rückgabe des Pfandes nicht erfolgt ist. Das Recht, ein Pfand vom Gläubiger wieder einzulösen, sey also vor geschehener Zahlung ewigdaurend, und erlösche erst nach derselben binnen dreyßig Jahren. Die letztere Meinung verdient allerdings den Vorzug. Denn es ist eine allgemeine Regel, daß die Verjährbarkeit einer Klage erst von dem Augenblick anfange, da eine rechtliche Möglichkeit zur Anstellung derselben vorhanden war. *Actioni nondum natae non currit praescriptio*. Dieß ist ein Satz, der bey der Präscription aller Klagen seine Anwendung findet [51]). Nun machen es die Gesetze zur ausdrücklichen Bedingung, daß die Schuld bezahlt, oder der Gläubiger auf andere Art befriediget worden seyn müsse, wenn die **actio pigneratitia** mit Wirkung soll angestellt werden können. Folgende Stellen lassen hierüber keinen Zweifel übrig.

L. 9. §. 3. *D*. *h*. *t*. **Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse,** *ut nascatur pigneratitia actio*.

L. 9. §. 5. *D*. *eod*. **Qui ante solutionem egit pigneratitia,** — *non recte egit*.

Man wendet zwar dagegen ein, daß die Bedingung, unter welcher dem Schuldner die Pfandklage zuständig ist, aus dem Grunde hier nicht in Betrachtung gezogen zu wer-

51) *L*. 7. §. 4. *Cod. de praescript* 30. *vel* 40. *annor*. *L*. 1. §. *ult*. *Cod. de annali except*. Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 149.

den verdiene, weil es ihm frey stehe, den Gläubiger in Ansehung seiner Forderung zu befriedigen, wenn er will. Der Schuldner habe es sich folglich selbst beyzumessen, wenn er das seiner Klage entgegenstehende Hinderniß nicht aus dem Wege räume, und es sey dieß eine Nachläßigkeit, weswegen die actio pigneratitia eben so gut, als andere Klagen, verjährt werden könnte. Denn wenn die Erfüllung der Bedingung, unter welcher Jemanden ein Recht zusteht, blos von ihm abhängt, und er wollte sich dennoch durch seine Nachläßigkeit zum Schaden eines Andern einen Vortheil zu verschaffen suchen, so streite dieß der ganzen Rechtsanalogie entgegen. Ueberdem könnten jenen Gesetzstellen, wo gesagt wird, die actio pigneratitia sey nur erst dann nata, wenn der Gläubiger seine Befriedigung erhalten, andere, nämlich die *L.* 1. §. 6. *D. de obligat. et actionib.* und §. *ult. I. Quib. mod. re contrah. obligat.* entgegen gesetzt werden. Allein, bey einer genauern Prüfung, erscheinen diese Einwürfe als sehr unbedeutend. Man vermische nicht Nachläßigkeit des Schuldners in Entrichtung der Hauptschuld mit der Nachläßigkeit desselben in Zurückforderung des Pfandes. Erstere kann dem Schuldner allerdings zum Vorwurf gereichen, und ihn auch die nachtheiligen Folgen des Verzugs empfinden lassen, ohne daß deswegen die letztere nur denkbar ist. Wir wollen aber einmal annehmen, die letztere wäre von der ersten unzertrennlich, so mußte doch der Schuldner erst durch eine Interpellation, gleichviel, ob lex, oder dies, oder homo ihn interpellirt hat, in eine mora versetzt worden seyn. Erst von dieser Zeit an könnte also die actio pigneratitia als nata angesehen werden, und von einer Verjährung derselben die Rede seyn. Nimmermehr kann daher auch nach

jährung, von welcher hier allein die Rede ist, wird nicht sowohl das Recht und die Verbindlichkeit an sich, als vielmehr nur die gerichtliche Verfolgung derselben durch Klagen ausgeschlossen; es muß folglich wegen der an sich nicht aufgehobenen Verbindlichkeit noch immer eine Einrede Statt finden[55]). Gesetze, welche unserer Behauptung entgegen stünden, wird man schwerlich finden. Am wenigsten sind es die, welche man uns entgegen zu setzen sucht. Denn in dem oben angeführten §. *ult.* *I. Quib. mod. re contrah. obligatio*, und der ganz gleichlautenden *L.* 1. §. 6. *D. de obligat. et action.* wird offenbar mehr nichts, als die vollkommene Verbindlichkeit des Gläubigers, die verpfändete Sache zu restituiren, ausgesprochen. Von einer Verjährung der darauf zu richtenden Klage ist gar keine Rede. Dennoch, glaubt man, streite die Rechtsanalogie unserer Behauptung entgegen. Denn wäre es richtig, daß die Pfandklage nicht schon von der Zeit des geschlossenen Pfandcontracts, sondern erst von der Zeit der Bezahlung der Schuld an binnen dreyßig Jahren verjährt werde, so dürfte man auch bey allen übrigen Klagen, welche aus Bilateral-Contracten entspringen, den Anfang der Verjährung nicht von der Zeit des geschlossenen Contracts an datiren, welches doch die Gesetze gleichwohl verordnen. Allein ganz davon abgesehen, daß bey der Pfandklage deutliche Gesetze vorhanden sind, welche den Zeitpunkt genau bestimmen, da diese actio nata ist; so nimmt man hier offenbar einen Satz als ausgemacht an, dem man doch mit Grund widersprechen muß. Auch bey zweyseitigen Ver-

55) S. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. S. 10.

pflichtungen kann man als Regel annehmen, daß keine Klage eher entstehe, als bis man sich zu der Leistung, wodurch das Klagerecht begründet wird, wirklich erbietet[56]). Es kann daher auch bey diesen die Verjährung der Klage nicht eher anfangen. So wenigem Zweifel jedoch die Verjährbarkeit der Pfandklage nach dem römischen Rechte unterworfen ist, weil nach demselben der gute Glaube zur erlöschenden Verjährung nicht nothwendig erfordert wird, sondern nur insofern in Betrachtung kommt, als der Präscribens, oder der Besitzer der Sache, an welcher der Andere seine Ansprüche durch die Verjährung verloren hat, solche aus den Händen eines Dritten mit einer dinglichen Klage zurückfordern will[57]); so verhält sich dennoch nach dem canonischen Rechte die Sache ganz anders. Denn da nach der Vorschrift desselben zur Verjährung solcher Klagen, welche auf Restitution einer fremden Sache gehen, insofern der Besitzer zur Fortsetzung des Besitzes berechtiget werden soll, eine die ganze Verjährungszeit hindurch fortgedauerte bona fides nothwendig erfordert wird[58]); so kann nach diesem Grundsatz der Gläubiger selbst sich gegen den Schuldner nie mit der Einrede der Verjährung schützen, wenn letzterer auch erst nach dreyßig Jahren von Zeit der Bezahlung der Schuld an gerechnet, auf Zurückgabe des Pfandes klagen sollte[59]).

56) S. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Bd. §. 1034.

57) *L.* 8. *Cod. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* S. Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 144. S. 178. f.

58) *Cap.* 5. *et* 20. *X. de praescript.* Dabelow a. a. O. §. 182. S. 300. f.

59) Lauterbach Coll. th. pract. Pand. h. t. §. 23. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1893.

Lib. XIV. Tit. I.

De exercitoria actione.

§. 876.

Begriff der actionum adiectitiae qualitatis.

Die persönlichen Klagen lassen sich in Rücksicht ihrer Anwendung auf zweyerley Art gedenken. Sie werden entweder rein, und in ihrer unveränderten Gestalt gebraucht, so wie es ihre ursprüngliche Natur mit sich bringt, oder es wird einer genannten Klage noch ein Beysatz hinzugefügt, entweder um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen, oder um den Grund vollständig und bestimmt anzugeben, warum der Beklagte entweder überhaupt, oder auch aus der verbindlichen Handlung eines Dritten belangt werden kann, gegen welchen sonst nach der Strenge des Rechts keine Klage Statt gefunden hätte. Solche persönliche Klagen, welche in einem gewissen Falle nicht rein und in ihrer unveränderten Gestalt gebraucht werden, sondern bey ihrer Anwendung noch einen Beysatz erhalten, um hierdurch eine Eigenschaft derselben anzuzeigen, welche in ihrem Wesen eigentlich nicht aufzufinden ist, sondern durch die Anordnung eines Gesetzes begründet wird, werden von den neuern Rechtsgelehrten *actiones adjectitiae qualitatis*

genannt[60]), Die Benennung ist blos doctrinell, wozu Paulus die Veranlassung gab, wenn er *L.* 5. §. 1. *D. de exercitoria actione* sagt: es sey keinem Zweifel unterworfen, daß wenn man mit einem magister navis ein Geschäft schließt, die aus demselben entspringende Klage allerdings noch immer gegen ihn selbst rein und unverändert, wie sie ist, erhoben werden könne, wenn gleich das Edict erlaubt, gegen den exercitor zu klagen. Dieß stehe jener Klage nicht entgegen: *hoc enim Edicto non transfertur actio, sed adjicitur;* das heißt, weil das Edict die Klage nicht dergestalt auf den exercitor überträgt, daß man nicht mehr unmitttelbar gegen den eigentlichen Schuldner, den magister navis, klagen könnte. Denn das Edict modificirt nur die Klage, und gibt ihr die neue Eigenschaft, daß sie auch gegen den exercitor erhoben werden kann[61]). Die sogenannten *actiones adjectitiae qualitatis* sind also keine eigenen und Hauptklagen, sondern Benennungen einer Modification, oder eines Beysatzes, welcher einer benannten Hauptklage hinzugefügt wird, und von verschiedener Art seyn kann. Eine persönliche Klage kann nämlich zuweilen einen Beysatz erhalten, um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen. Dieß ist der Fall bey den bereits vorgekommenen

60) S. *Io. Henr.* de Berger fontes adjectitiarum qualitatum. *Vitembergae* 1682. *Ge.* Engelbrecht Diss. de adjectitiis actionum qualitatibus. *Helmst.* 1708. *Nic. Guil.* Dressel Diss. de actionibus adjectitiarum qualitatum, earumque usu hodierno. *Ienae* 1718. Hübners Berichtigungen u. Zusätze zu den Institutionen des röm. Rechts §. 9. Nr. 6. S. 84. ff. u. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 70. a. E.

61) *Herm.* Vulteius Iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 14.

Beyspielen der actio interrogatoria[62]), insofern sie wegen der geschehenen Interrogation auf ein Mehreres gerichtet werden konnte, als sonst der Beklagte hätte leisten dürfen; ferner der condictio triticiaria[63]), der condictio de eo, quod certo loco[64]), der actio in factum ex iureiurando[65]), der actio iudicati[66]) u. m. a. Zuweilen erhält eine Klage einen Beysatz, um den Grund bestimmt anzugeben, warum entweder gegen den Beklagten überhaupt die Klage Statt findet, welche sonst gegen ihn nicht Statt gefunden hätte, wie z. B. bey der actio interrogatoria der Fall seyn konnte; oder warum der Beklagte aus der verbindlichen Handlung eines Dritten belangt werden kann. Nach der Strenge des Rechts kann man eigentlich nur aus seinen eigenen Handlungen verbindlich werden[67]). Daher können Verträge Anderer mich in der Regel nicht verpflichten[68]). Selbst der Vater wird nicht aus dem Vertrage seines Sohns verbindlich, wenn er gleich noch in des erstern Gewalt ist. Denn auch selbst das Verhältniß der fingirten Personeneinheit ändert nichts in dieser Lehre des römischen Rechts[69]). Der Prätor milderte je-

62) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 745. S. 266. f.

63) S. den 13. Th. §. 843. S. 262.

64) S. den 13. Th. §. 845. S. 307.

65) S. den 12. Th. §. 798. b. S. 240. ff.

66) S. *Car. God.* Winckler Opusc. Tom. I. pag. 326.

67) *L.* 11. *D. de obligat. et action. L.* 73. §. 4. *D. de reg. iuris.*

68) *L.* 27. §. 4. *in fin. D. de pact.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 315.

69) §. 10. *I. de action.*

doch diese Strenge in mehreren Fällen aus Gründen der natürlichen Billigkeit, indem er aus der verbindlichen Handlung eines Dritten eine Klage gestattete. Dieß geschahe in allen den Fällen, wo man aus guten Gründen die Handlung des Dritten als die eigene Handlung des Beklagten ansehen konnte. Und so kann denn nun jede Klage adjectitiae qualitatis werden, wenn sie gegen den Beklagten aus der verbindlichen Handlung eines Dritten angestellt wird, dessen Person er zwar den Rechten nach nicht vorstellt[70]), dessen Handlung aber aus einer gesetzlich gebilligten Ursache als die seinige angesehen wird[71]). Die gesetzliche Ursache, welche einer Klage die besondere Eigenschaft gibt, daß sie gegen einen Dritten angestellt werden kann, mit dem man nicht contrahirt hat, kann sehr mannigfaltig seyn. Sie kann 1) darin bestehen, daß der Dritte von dem Beklagten den Auftrag oder Befehl hatte, ein solches Geschäft zu schließen, als dasjenige ist, aus welchem er belangt wird. Daher die actio exercitoria, institoria, und quod iussu. Oder 2) darin, daß der Beklagte der Person, aus dessen Handlungen er belangt wird, ein peculium oder Waaren gegeben hat, um damit Handel zu treiben. Daher die actio de peculio, und tributoria. Oder auch 3) darin, daß der von dem Dritten geschlossene Contract erweislich zu des Beklagten Nutzen gereicht.

70) Denn wenn der Beklagte des Dritten Person den Rechten nach vorstellt, z. B. als Erbe, als Cessionar, so wird die aus dem Factum des Dritten entspringende Klage rein und in ihrer unveränderten Gestalt angestellt. *L.* 2. §. 2. *D. de verbor. obligat.* *L.* 5. *Cod. de hered. vel act. vendita.*

71) S. Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 1394.

Daher die *actio de in rem verso.* Von allen diesen Klagen wird in der Folge ausführlich gehandelt werden. Zuweilen kann Jemand auch 4) sogar aus der unerlaubten Handlung eines Dritten in Anspruch genommen werden, entweder weil er aus dieser Handlung selbst unmittelbaren Vortheil gezogen hat, und also dadurch reicher geworden ist, wie dieß der Fall bey der actio de peculio seyn kann[72]); oder weil der Beklagte von dem Dritten, dessen Herr er ist, überhaupt allen Nutzen zieht. Letzteres war der Fall bey den römischen Noxalklagen, von denen schon an einem andern Orte[73]) gehandelt worden ist. Von dieser gesetzlichen Ursache oder adjectio, wie Paulus sagt[74]), erhält also die actio adjectitiae qualitatis ihren besondern Namen, und es wird nun der Kürze wegen der Name der aus der verbindlichen Handlung des Dritten entspringenden Hauptklage gewöhnlich weggelassen. Wenn ich also z. B. gegen den Vater klage, dessen Sohne ich zum Behuf der eigenen Angelegenheiten desselben, dem väterlichen Befehle gemäß, baar Geld geliehen habe, so ist die Klage eigentlich die actio mutui, welche jetzt den Beysatz *quod iussu* erhält. Allein man nennt sie kurz weg *actio quod iussu.* Klage ich hingegen, wie mir ebenfalls freysteht[75]), gegen den Sohn selbst, so ist die Klage die reine *actio mutui,* welche aus dem eingegangenen Geschäft entspringt. Nach dem neuern Civilrecht kann jedoch auch direct, und ohne Beysatz, in solchen Fällen gegen den Vater geklagt wer-

72) *L.* 3. §. 12. *D. de peculio.* *L.* 58. *D. de reg. iuris.*

73) S. den 10. Th. §. 712.

74) *L.* 19. *in fin. D. de in rem verso.*

75) *L.* 7. *D. Quod cum eo, qui in alien. potest.*

den, wo er aus den Handlungen seines Sohns verbindlich wird. Justinian lehrt uns dieß §. *ult. I. Quod cum eo, qui in aliena potestate est*, wo es heißt: Illud in summa admonendi sumus, id quod *iussu patris* dominive contractum fuerit, quodque *in rem* eius versum erit, *directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset.* Ei quoque, qui *exercitoria* vel *institoria* actione tenetur, *directo posse condici placet:* quia huius quoque iussu contractum intelligitur. Hiermit stimmt auch Paulus überein, wenn er *L.* 29. *D. de rebus credit.* sagt: Si institorem servum dominus habuerit, posse dici *Iulianus* ait, *etiam condici ei posse:* quasi iussu eius contrahatur, a quo praepositus sit. Arnold Vinnius[76]) behauptet mit Recht, daß dieses durch die Auctorität der römischen Rechtsgelehrten sey eingeführt worden. Er zieht hieraus die Folge, daß nun die actiones adjectitiae qualitatis für uns keinen Gebrauch mehr hätten. Allein hierin getraue ich mir nicht ihm beyzutreten. Denn die Gesetze reden ja offenbar nur von dem Falle, wenn das Geschäft, aus welchem der Beklagte belangt wird, mit einer solchen Person geschlossen worden ist, welche unter desselben Gewalt steht, wo dann die Einheit der Person allerdings in Betrachtung kommt, wie auch Merill[77]) und Barklai[78]) ganz richtig bemerkt haben. Ulpian führt auch diesen Grund selbst an, wenn er *L.* 19.

76) Commentar. ad §. ult. I. Quod cum eo.

77) Commentar. ad Tit. Pand. de reb. credit. ad L. 29. h. Tit. in *Thes. Otton.* T. III. pag. 682.

78) Commentar. ad L. 29. D. de reb. credit. in *Thes. Otton.* T. III. pag. 882.

§. 3. *D. de iudic.* sagt: **Quod cum servo contractum est, ita habendum,** ***atque si cum domino contractum sit.*** Wo also dieser Grund wegfällt, kann nur mit der actio adjectitiae qualitatis oder ***actione utili ad exemplum institoriae actionis*** geklagt werden, wie auch die römischen Rechtsgelehrten selbst an andern Orten deutlich lehren [79]). Einige [80]) wollen zwar unter der Condiction, welche direct gegen den Vater oder Herrn angestellt werden kann, die generelle condictio certi verstehen, mit welcher hier die actio adjectitiae qualitatis concurrire. Allein diese Meinung ist schon von andern [81]) widerlegt worden.

§. 877.

Actio exercitoria. Exercitor. Magister navis.

Es ist nun zuerst von denjenigen actionibus adjectitiae qualitatis zu handeln, welche die Beförderung des gemeinen Handels und Credits zum Zweck haben. Zu diesen gehört I. die ***actio exercitoria***, welche der Prätor gegen einen Schiffsrheder (exercitor navis) gibt, wenn man mit desselben Schiffsverwalter (magister navis) ein das Schiffsgewerbe betreffendes Geschäft der dem letztern ertheilten Schiffsordre gemäß geschlossen hat. Sie wird auf Leistung dessen gerichtet, was man aus dem Con-

79) *L.* 31. *D. de negot. gest.* *L.* 19. *D. de institor. act.* *L.* 13. §. 25. *D. de act. emti vend.* *L.* 5. *D. de stipulat. praetor.*

80) Nach Cujaz behauptet dieß besonders POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XIV. Tit. 3. Nr. III. not. b.

81) S. BACHOV Tract. de actionib. Disput. VIII. Th. 15.

tract zu fordern hat[82]). Wer nämlich ein eignes oder ganz von ihm zum Gebrauch übernommenes fremdes Schiff zu Geschäften auf seine Rechnung hält, und davon die Einkünfte zieht, heißt *exercitor*, Schiffsrheder, Schiffspatron, und wenn mehrere das Schiff gemeinschaftlich ausgerüstet haben, so werden sie Schiffsfreunde oder Mitrheder genannt. Derjenige hingegen, dem die, auf das Schiff, oder dessen Ladung sich beziehenden, nicht in bloßer Schiffsarbeit bestehenden Geschäfte übertragen sind, wird *magister navis*, Schiffsmeister, oder Setzschiffer, oder Schiffsfactor genannt. *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* sagt: *Magistrum navis* accipere debemus, cui totius navis cura mandata est. — §. 3. *Magistri* autem imponuntur locandis navibus, vel ad merces, vel vectoribus conducendis, armamentisve emendis: sed etiam si mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem. — §. 2. Sed si *cum quolibet nautarum*, (z. B. dem Steuermann, oder einem Botsmann, oder Ruderknecht) sit contractum, non datur actio in exercitorem. §. 15. *Exercitorem* autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem *per*

82) Von dieser Klage handeln *Franc.* DUARENUS in Comment. ad hunc Tit. *Oper.* pag. 967. sqq. *Franc.* STYPMANN in iur. maritimo. Cap. XV. *Io.* LOCCENIUS iur. maritim. Cap. VII. beyde in *Io. Gottl.* HEINECCII *Scriptorib. iuris nautici* pag. 531. sqq. et pag. 1029. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de exercitoria actione. *Nic. Wilh.* DRESSEL de actionib. adject. qualitat. Cap. 3. *Alb. Phil.* FRICK Diss. de actione exercitoria. *Helmst.* 1793. und Schmids Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 1404 — 1408.

aversionem conduxit [83]), vel ad tempus vel in perpetuum. Hat der magister einen Andern substituirt, welches ihm erlaubt ist, so heißt dieser *promagister*. Daher sagt Ulpian *L.* 1. §. 5. *D. h. t. Magistrum* autem accipimus, non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus *Iulianus* in ignorante exercitore respondit. Caeterum si scit, et passus est, eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur.

§. 878.

Grund der Verbindlichkeit des Exercitors. Lex praepositionis.

Jeder magister navis erhält eine Vorschrift, oder Anweisung über die Art und Weise der ihm anvertrauten

83) Was die Redensart: *navem per aversionem conducere* eigentlich ausdrücken soll, darüber sind die Ausleger nicht einig. Man vergleiche Alciatus Parergor. Lib. VI. c. 28. Charondas Verisimil. Lib. III. cap. 5. Goveanus Variar. Lection. Lib. II. cap. 14. Augustinus Emendation. Lib. III. cap. 6. Brissonius de Verbor. Significat. v. Aversio. Merillius Observat. Lib. VI. c. 25. Ducker Opusc. de Latinitate ICtor. veter. pag. 437. Gewöhnlich erklärt man jenen Ausdruck so, wenn man ein Schiff nicht theilweise, sondern ganz, und ohne Rücksicht auf eine bestimmte Zahl von Lasten (non ad certum amphorarum numerum. *L. ult. D. ad Leg. Rhod.*) gemiethet hat. S. Wissenbach Exercitat. ad Pand. Disputat. XXVIII. Th. 2. Allein es kann auch bei einer conductio per aversionem eine gewisse Zahl von Lasten bedungen seyn, womit das Schiff befrachtet werden kann. Es wird also darunter vielmehr ein solches Miethen des Schiffs verstanden, da man das ganze Schiff zu eigenem beliebigen Gebrauche dergestalt gemiethet hat, daß man für seine Rechnung alle Einkünfte zieht. S. Frick cit. Diss. §. 3.

Geschäftsführung. Diese wird *lex praepositionis*, Schiffsconcert, oder Schiffsordre genannt. Vermöge derselben ist er befugt, alle zur Vollführung des ihm übertragenen Geschäfts erforderlichen Verträge zu schließen. Hat er nun den Gränzen seiner Instruction gemäß gehandelt, so wird der Exercitor aus allen Verträgen desselben dem Dritten, welcher mit dem magister contrahirt hat, vollkommen verpflichtet. Der Grund dieser Verpflichtung ist also der, weil er den magister angestellet, und zur Schließung dieser Geschäfte authorisirt hat. Denn durch die Anstellung eines magistri gibt der exercitor jedem das stillschweigende Versprechen, alle die Handlungen seines Schiffsverwalters, die er als solcher unternimmt, eben so gelten zu lassen, als wenn sie von ihm selbst geschehen wären[84]). Sie müssen nur aber das Schiffsgewerbe betreffen, und zwar in den ihm angewiesenen Geschäftskreis wirklich einschlagen, sonst macht kein magister seinen Principal verbindlich. Es gehören besonders folgende Gesetzstellen hierher:

L. 1. *pr. D. h. t.* Utilitatem huius Edicti patere, nemo est, qui ignoret. Nam cum interdum ignari, cuius sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit, eum, qui magistrum navi imposuit, teneri.

84) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 4. et 7. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. T. II. *Oper.* pag. 329. *Herm.* Vulteius Comm. ad Institut. Tit. Quod cum eo. §. 2. nr. 6. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 871.

§. 2. Qui magistrum praeponit, *contrahi cum eo permittit.*

§. 5. Omnia igitur facta magistri debet praestare, *qui eum praeposuit:* alioquin contrahentes decipientur.

§. 7. Non autem ex omni causa Praetor dat in exercitorem actionem, sed *eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit:* id est, si in eam rem praepositus sit, utpata, si ad onus vehendum locatum sit; aut aliquas res emerit utiles naviganti, vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est, vel si quid nautae operarum nomine petent.

§. 12. Igitur *praepositio* certam legem dat contrahentibus. Quare si eum praeposuit navi ad hoc sosum, ut vecturas exigat, non ut locet, quod forte ipse locaverat, non tenebitur exercitor, si magister locaverit: vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, item erit dicendum: aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praestet, vel contra, *modum egressus, non obligabit exercitorem.*

Sehr bestimmt gibt auch der griechische Paraphrast Theophilus[85]) den Grund der Verbindlichkeit des Exercitors an, wenn er sagt: Ipsa aequitatis ratio adversus praeponentem dat actionem exercitoriam: qui enim aliquem praeponit, clara voce dicere videtur: *Hunc ego praeposui; qui volet, cum eo contrahito.*

85) *Paraphr. graec. Inst. Lib. IV. Tit.* 7. §. 2. *in fine:* — ὁ γὰρ προϊστῶν τινα, δοκεῖ λαμπρᾷ λέγειν τῇ φωνῇ, ὅτι ἐγὼ τοῦτον προσέστησα ὁ βουλόμενος αὐτῷ συναλλαττέτω.

§. 879.

Persönliche Verhältnisse des magistri. Wie wenn mehrere dem Schiffe vorgesetzt sind? Wie haften mehrere Exercitoren?

Auf die persönlichen Verhältnisse des **magister navis** kommt gar nichts an. Er kann daher ein freyer oder unfreyer Mensch, eine Manns- oder Frauensperson, ein Großjähriger oder Minderjähriger, in der väterlichen Gewalt des Exercitors, oder ein **homo sui iuris** seyn[86]). Leidet der **exercitor** durch dessen Handlungen Schaden, so hat er es sich blos allein beyzumessen, daß er kein tauglicheres Subject gewählt hat. Ulpian sagt ausdrücklich *L.* 1. §. 4. *D. h. t.* **Cuius autem conditionis sit magister iste, nihil interest: utrum liber, an servus; et utrum exercitoris, an alienus: sed nec,** ***cuius aetatis sit*****, intererit,** ***sibi imputaturo*****,** ***qui praeposuit*****.** Denn nicht sowohl die Handlung des **magister** selbst, als vielmehr die Handlung der Präposition ist es, was den Exercitor verbindlich macht. Sind mehrere **magistri** demselben Schiff vorgesetzt, so kommt es darauf an, ob sie ihr Amt getheilt oder ungetheilt verwalten. In dem ersten Falle wird der **exercitor** anders nicht verpflichtet, als wenn jeder der Schiffsverwalter den Gränzen seines Mandats gemäß gehandelt hat. Wer also in diesem Falle mit einem **magister** contrahirt, muß sich genau erkundigen, wie weit desselben Instruction geht. In dem letztern Falle hingegen ist es in der Regel gleich viel, mit welchem **magister** man das Geschäft schließt, wenn nur dasselbe das Schiffs-

86) S. *Arn.* Vinnius in Comm. ad §. 2. I. Quod cum eo, qui in aliena potest. Stypmann Ius maritim. Cap. XV. nr. 115. sqq. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

gewerbe betrifft. Ein anders wäre, wenn sie nach der ihnen ertheilten Ordre nicht allein, sondern gemeinschaftlich contrahiren sollten. Was hier dann Einer ohne den Andern unternimmt, verbindet den exercitor nicht. So lehrt Ulpian L. 1. §. 13. *et* 14. *D. h. t.* **Si plures sint magistri, non divisis officiis, quodcunque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem: si divisis, ut alter locando, alter exigendo, pro cuiusque officio obligabitur exercitor. Sed et si sic praeposuit, ut plerumque faciunt, *ne alter sine altero quid gerat*, qui contraxit cum uno, sibi imputabit.** Hat der magister sich einen Andern substituirt, weil er selbst gehindert war, seinen Geschäften vorzustehen; so wird der exercitor auch aus dessen Handlungen verbindlich, eben so als wenn der Substituirende selbst gehandelt hätte; und dieß findet zum Besten der Schifffarth auch sogar alsdann Statt, wenn es dem magister ausdrücklich wäre verboten worden, einen Andern zu substituiren [87]). Aus eben dem Grunde des gemeinen Nutzens ist auch verordnet, daß mehrere exercitores aus den Handlungen ihres gemeinschaftlichen Factors in solidum verpflichtet seyn sollen [88]). Es kommt denn auch nicht darauf an, welchen Antheil ein jeder derselben an dem Schiffe selbst hat. Derjenige, welcher jedoch das Ganze dem Kläger bezahlt hat, kann gegen die übrigen mit der actio pro socio seinen Regreß nehmen [89]). Viele wollen jedoch jetzt den Exercitoren die Wohlthat der

87) *L.* 1. §. 5. *D. h. t.*

88) *L.* 1. §. *ult. D. eodem. L.* 4. §. 1. *et* 2. *D. eodem.*

89) *L.* 3. *D. h. t.*

Theilung gestatten[90]) Allein der Absicht der Gesetze ist dieses nicht gemäß, welche nach *L.* 2. *D. h. t.* ausdrücklich dahin gehe: ne in plures adversarios destringatur, qui cum uno contraxerit[91]). Treiben die mehreren Schiffsfreunde das Schiffsgewerbe selbst, ohne einen Schiffsverwalter zu halten, und sie contrahiren mit einem Dritten, so ist jeder nur zu seinem Antheil verbunden, den er an dem Schiffsgewerbe hat, und sie sind dann mit der aus dem geschlossenen Geschäft entspringenden Klage zu belangen[92]). Auch gegen die Erben des verstorbenen Schiffsrheders kann die Klage nur auf ihren Antheil gerichtet werden[93]); es sey denn, daß gegen sie aus einem erst nach der Antretung der Erbschaft von dem Magister geschlossenen Geschäft geklagt wird[94]).

90) S. *G.* Barth Diss. de magistro navis. Cap. II. §. 15. *Mich. God.* Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. h t. §. 4. Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 872.

91) S. *Franc.* Duarenus in Comm. ad h. Tit. cap. 2. *Oper.* pag. 970. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 5. Huber Eunomia Rom. ad L. 1. §. ult. D. h. t. p. 551. sq. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. Müller ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XX. Th. 12. not. *α*. Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 16. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. Frick Diss. cit. §. 7. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1149. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1801.

92) *L.* 4. *pr. D. h. t.* S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. Müller ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XX. Th. 12. not. *γ*.

93) *L.* 14. *D. de institor. act.* *L.* 6. *Cod. familiae erc isc.* Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 4.

94) Arg. *L.* 17. §. 2. verglichen mit *L.* 3. §. 3. *D. Commod.* Thibaut System des P. R. 2. Th. §. 872. a. E.

§. 880.

Wenn findet die actio exercitoria nicht Statt? In wie fern wird der Exercitor aus unerlaubten Handlungen seines magistri verbindlich?

Die actio exercitoria fällt weg, I) wenn Jemand nicht mit einem Schiffsfactor, sondern mit andern Schiffsleuten [95]), oder II) nicht mit dem rechten magister contrahirt hat [96]); oder zwar III) mit dem rechten Schiffsverwalter, aber ein solches Geschäft geschlossen hat, welches nicht zum Umfang seiner Geschäfte gehörte [97]). In diesen Fällen wird der exercitor anders nicht verbindlich, als wenn er entweder das Geschäft genehmigt [98]), oder es durch seine Schuld unmöglich gemacht hat, daß der dritte Contrahent die Rechte des Schiffsverwalters nach ihrem Umfange wissen konnte, um sich bey Schließung des Vertrags auf nichts mehr einzulassen, als was der Instruction desselben gemäß war [99]). Denn rechtliche und politische Gründe machen es dem exercitor zur Pflicht, daß er nicht nur öffentlich bekannt mache, wem er die Verwaltung seines Schiffs anvertrauet habe, sondern auch auf den Fall, da er den angestellten Schiffsverwalter nicht alle die Rechte ausüben lassen will, die in der Natur des Schiffsgewerbes liegen, die ihm gegebene Ordre bekannt mache [100]). IV)

95) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

96) *L.* 1. §. 13. *D. h. t.*

97) *L.* 1. §. 12. *D. eodem.*

98) *L.* 60. *D. de div. reg. iuris.*

99) S. *Franc.* Stypmann Ius maritim. Cap. XV. nr. 135. et 136. Lauterbach Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 6.

100) §. 11. §. 2. 3. 4. *et* 5. *D. de inst. act.*

Auch wegen unerlaubter Handlungen des magister ist die actio exercitoria nicht begründet, außer insofern er sie bey Ausübung seines Amts beging[1]). Denn der exercitor hat es sich hier selbst beyzumessen, daß er einem untreuen Menschen das Schiff anvertraute. Zwar ist der exercitor aus den unerlaubten Handlungen seiner Leute unbedingt verantwortlich, wenn dadurch Jemanden in dem Schiffe Schaden geschehen ist[2]); allein dann haftet er nicht mit der actio exercitoria, sondern aus dem Edict de nautis, cauponibus et stabulariis[3]), wovon an einem andern Ort[4]) gehandelt worden ist. Endlich V) wenn der magister navis Geld geborgt hat, so kommt es darauf an, ob er desselben zum Behuf der Schiffsangelegenheiten bedurfte, und auch ausdrücklich dazu aufgenommen hat, oder nicht. In dem letztern Falle hat der Gläubiger keine Kla-

1) *L.* 1. §. 10. *D. h. t.* *L.* 5. §. 8. *L.* 11. §. 4. *D. de instit. act.* *L.* 5. §. 3. *D. de doli mali et met. except.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 7. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLIX. Cor. 1. Thibaut System 2. Bd. §. 871.

2) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem: *quamquam ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sunt, detur actio in exercitorem.* Alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi: siquidem, qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit: qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, *sed culpa in dolo carere eos curare debet.* Add. *L.* 5. §. 6. *D. de obligat. et act.*

3) Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. Anderer Meinung sind *de* Cocceji iur. civ. controv. Lib. XIV. Tit. 3. Qu. 4. und Lauterbach in colleg. th. pr. Pand. Lib. XXXIX. Tit. 4. §. 31.

4) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 845. ff.

ge gegen den Exercitor, sondern er muß sich blos an seinen Schuldner halten. In dem ersten Falle hingegen ist die **actio exercitoria** begründet, wenn auch das Geld nicht zweckmäßig wäre verwendet worden. Denn darum braucht sich der Gläubiger nicht zu bekümmern[5]). Es muß nur 1) das Geld namentlich zur Beförderung einer solchen Angelegenheit dargeliehen seyn, welche zum Umfange seiner Geschäfte gehörte, z. B. zur Reparatur des Schiffs, oder zur Anschaffung der Lebensmittel für das Schiffsvolk. 2) Die Anleihe muß nöthig gewesen; und dann 3) dem **magister** nicht mehr Geld vorgeschossen worden seyn, als zur Bestreitung des nachgewiesenen Bedürfnisses wirklich erforderlich war[6]). Damit sich aber auch der Gläubiger von dem allen selbst gehörig überzeugen könne, so muß 4) der Vorschuß an dem Orte geschehen, wo die Verwendung geschehen soll. Folgende Stellen sind hier sehr merkwürdig.

L. 1. §. 8. *et* 9. *D. h. t.* **Quid, si mutuam pecuniam sumserit? an eius rei nomine videatur gestum? Et PEGASUS existimat, si ad usum eius rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem: quam sententiam puto veram. Quid enim, si ad armandam instruendamve navem, vel nautas exhiben-**

5) S LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 6. und HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 1801. not. a.

6) Diese Erfordernisse gehören zur Begründung der Klage, und müssen daher von dem Gläubiger bewiesen werden. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLIX. medit. 3. et 4. Kann der Gläubiger jenen Beweis nicht führen, so bleibt ihm blos die actio de in rem verso übrig. S. LEYSER c. l. cor. 3.

dos mutuatus est? Unde quaerit OFILIUS, si ad reficiendam navem mutuatus, nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio? Et ait, si hac lege accepit, quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum sibi, cur talem praeposuerit. Quodsi ab initio consilium coepit fraudandi creditoris, et hoc specialiter non expresserit, *quod ad navis causam accipit*, contra esse. Quam distinctionem PEDIUS probat.

L. 7. D. eodem. Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit, is pecuniam mutuatus, cavit, *se in refectionem navis eam accepisse.* Quaesitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret, pecuniam in refectionem navis esse consumtam? Respondit, creditorum utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet. Etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat, et negotium domini gerat, (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare, pecuniam in refectionem erogatam esse); ita illud exigendum, ut sciat, in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus: quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit, necessariam refectioni pecuniam esse. Quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere *in solidum* adversus dominum navis actionem dari. § 1. Interdum etiam illud aestimandum, an in eo loco pecunia cre-

dita sit, in quo id, propter quod credebatur, comperari potuerit: quid enim, inquit, si ad velum emendum in eiusmodi insula pecuniam quis crediderit, in qua omnino velum comparari non potest? Et in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere praestare [7]).

§. 881.

In wiefern kann der magister selbst belangt werden.

So lange der magister in seinem Amte bleibt, hat der Gläubiger die Wahl, ob er gegen den Exercitor mit der actio exercitoria, oder gegen den magister mit der actio ex contractu klagen will [8]). Er kann jedoch gegen den letztern, wegen der von ihm als Bevollmächtigten geschlossenen Verträge, natürlich nicht als gegen einen Selbstschuldner, sondern nur dahin klagen, daß er ihm von dem exercitor seine Bezahlung verschaffe [9]). Nach niedergelegtem Amte hingegen hat eigentlich gar keine Klage gegen ihn weiter Statt, wofern er sich nicht etwa für seine Person durch Uebernahme einer Bürgschaft für seinen gewesenen Principal, oder durch Handeln in eigenem Namen, oder durch Ueberschreitung seines Auftrags, oder

7) Man vergl. über diese Gesetzstellen besonders *Ulr.* Huberi Eunomia Rom. pag. 550. et 553. sq. *Ant.* Faber hat hier, wie gewöhnlich, in Rational. in Pand. ad L. 1. §. 9. D. h. t. manche Tribonianismen zu entdecken vermeint.

8) *L.* 1. §. 17. *D. h. t.* Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 18.

9) *L.* 6. §. 1. *D. de negot. gest.* *L.* 43. §. 1. *D. de admin. tutor.* *L.* 15. *Cod. eodem.* *L.* 4. *pr. D. de re iudic.* S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIV. Tit. 3. §. 13. et 14. Walch Controv. iur. civ. p. 679. §. 16. *Mich. God.* Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 9. und Thibaut System des P. R. 2. Band. §. 873.

durch Begehung einer unerlaubten Handlung verpflichtete[10]).

§. 882.

In wiefern steht dem exercitor aus dem geschlossenen Contract seines Schiffsverwalters gegen den Dritten eine Klage zu?

Noch ist die Frage zu erörtern übrig, ob nicht auch umgekehrt der **exercitor** aus dem von seinem **magister** geschlossenen Contract gegen den Dritten klagen könne, mit welchem das Geschäft geschlossen worden ist? Nach dem römischen Recht ist zu unterscheiden, ob der **magister** in der Gewalt des Exercitors ist, oder nicht. In dem ersten Falle kann der **exercitor** aus dem von seinem **magister** geschlossenen Contract **actione directa** klagen[11]). In dem letztern Falle hingegen kommt ihm gegen den Dritten nach der Strenge des Rechts eingentlich keine Klage zu, sondern er muß entweder **actione locati**, oder **actione mandati** gegen den **magister** klagen, je nachdem derselbe entweder für seine Dienstleistung einen Lohn erhält oder nicht[12]). Nur im Nothfalle, da er vom **magister** keine Befriedigung erhalten kann, gestatten ihm die Gesetze eine

10) *L. ult. D. de institor. act.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. et 7. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. c. l. Thibaut System a. a. O.

11) *Princip. I. per quas personas nobis obligatio acquirit.* §. 1. *I. de stipulat. servor. L.* 38. §. 17. *D. de verb. obligat. L.* 1. *D. de instit. act.* S. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Cap. 2. in fin. pag. 970. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XX. Th. 15. not. *α*.

12) *L.* 1. §. 18. *D. h. t.*

actio utilis ex contractu [13]). Will er außerdem klagen, so muß er sich die Klage von seinem magister cediren lassen [14]). Allein heut zu Tage kann der exercitor immer geradezu und unbedingt gegen den Dritten klagen, der mit dem magister contrahirt hat, weil die Ansichten des röm. Rechts, worauf die in den Gesetzen desselben vorgezeichneten Umwege sich gründen, in den deutschen Gerichten keinen Eingang gefunden haben [15]); und besonders nach heutigen Rechten Jemand auch durch einen Dritten ein Recht erwerben kann, ohne daß es deshalb weder einer förmlichen Cession, noch der Anwendung einer sogenannten nützlichen Klage bedarf [16]).

13) *L.* 1. *in fin.* *L.* 2. *D. de instit. act.* Müller ad *Struvium* c. l. not. *β*. Boehmer Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. 10. §. 6. Nicht actio utilis exercitoria, wie Lauterbach in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. will.

14) S. Thibaut System 2. Band. §. 874.

15) Man sehe hier vorzüglich Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 19. und Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 10.

16) S. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. §. 89. a. S. 376.

Lib. XIV. Tit. II.
De lege Rhodia de iactu.

§. 883.

Geschichte und Inhalt der Lex Rhodia.

Im mittelländischen Meere, südwestlich gegen Asien, erhebt sich eine von den Cykladischen, oder eigentlich Sporadischen Inseln, berühmt durch ihren Kolossus, durch ihre Künste, ihr Seewesen und Handlung[17]; aber noch berühmter durch das von ihr benannte Rhodische Gesetz, welches die Streitigkeiten des Seewesens entschied, und sich von jeher durch Billigkeit dergestalt empfohlen hatte, daß es, als Denkmal der Weisheit, in das Gesetzbuch jeder zur See handelnden Nation des Alterthums überging[18]). Mit den Bewohnern dieser Insel hatten

17) S. Meursii Rhodus. Strabo *Rer. Geograph.* Lib. XIV. cap. 14. Plinius *Histor. nat.* Lib. XXXIV. cap. 7. Cicero Orat. *pro Lege Manilia.* cap. 18.

18) S. *Franc.* Duareni Commentar. ad h. Tit. Pandectar. in *Operib.* pag. 971. *Iac.* Gothofredus de imperio maris, et de iure naufragii colligendi, Legeque Rhodia. *Genevae* 1654. rec. *Helmstadii* 1732. 4. *Franc.* Balduini Commentar. ad Leg. Rhod. *Basiliae* 1559. rec. in *Commentariis ad Leges de iuri civili,* cum praefat. *Nic. Hier.* Gundlingii. *Halae* 1730. 8. pag. 137. sqq. *Franc.* Ramos *del* Manzano Ana-

auch die Römer ein Freundschaftsbündniß errichtet. Daher nennt Gellius[19]) die civitas Rhodiensis eine amica et socia populi Romani, und nach den Zeugnissen des Cicero, Suetons, Plutarchs und Appians besuchte man nicht nur von Rom aus die Schulen zu Rhodus eben so häufig wie die zu Athen[20]); sondern mit Hülfe der Rhodischen Seemacht hatten auch die Römer meh-

lecta ad L. Rhodiam. *Madrid* 1673. 4. *Wolf. Ad.* Lauterbach Diss. de aequitate et extensione Legis Rhodiae. *Tüb.* 1671. *Nic. Christph.* Lyncker Diss. de Leg. Rhodia de iactu. *Ienae* 1679. *Io.* Strauch Diss. ad L. 9. D. de L. Rhod. de iactu. in *Opuscul.* a *Car. Gottl.* Knorrio edit. *Halae* 1729. P. II. pag. 310. sqq. *Arn.* Vinnius ad *Peckium* de re nautica, leges navales et ius navale Rhodiorum. *Amst.* 1668. *Hub. von der* Hoop Diss. ad Leg. Rhodiam de iactu. *Lugd Batav.* 1711. *Corn. van* Bynkershoek ad Legem Ἀξίωσις de Lege Rhodia de iactu liber singul. *Hagae* 1702. et in *Opusc.* cura *Conradi* edit. *Pet. van der* Schelling Diatr. de Lege Rhodia de iactu. *Lugd. Batav.* 1722. 8. *Hieron. Matth.* Barels Diss. de Lege Rhod. de iactu. *Lugd. Bat.* 1756. 4. *Theod. Ioh.* Plevier Diss. ad Leg. Rhodiam de iactu. *Lugd. Bat.* 1784. *Franc.* Wolff Disp. ad eand. Leg. *Ibidem* 1785. 4. Schomberg Treatise on the maritime Laws of Rhodes. *Oxford* 1786. 8. Joh. Andr. Engelbrecht Corpus iuris nautici, oder Sammlung aller Seerechte der bekannten handelnden Nationen alter und neuer Zeiten. 1. Bd. Lübeck 1790. Nr. I. und *Iul. Frid.* Malblank Diss. ad L. 2. D. de Lege Rhodia de iactu, cum observationibus quibusdam de proportione progressiva in distribuendis damnis bellicis. *Tübingae* 1801. 4.

19) *Noct. Atticar.* Lib. VII. cap. 3.

20) Cicero in *Bruto* cap. 90. erzählt von sich selbst, daß er den berühmten Rhetoriker Apollonius Molo zu Rhodus gehört habe.

rere wichtige Siege zur See erfochten. Als nun dieselben nach dem ersten Punischen Kriege sich von der Nothwendigkeit des Seewesens, und den Vortheilen der Handlung zur See lebhaft überzeugt hatten, so nahmen sie auch das Seerecht der Rhodier auf. Es ist sehr wahrscheinlich, daß diese Aufnahme schon zu den Zeiten des römischen Freystaats geschehen sey. Denn Servius Sulpicius, Aulus Ofilius, und Labeo werden in dem Titel der Pandecten, welcher von der **Lex Rhodia** handelt, als vorzügliche Ausleger dieses Gesetzes genannt[21]). Darf man einer alten Urkunde trauen, welche sich als Proömium vor der Sammlung der Rhodischen Seegesetze, so wie sie uns Simon Schard[22]), Johann Löwenklau[23]), und Arnold Vinnius[24]), bekannt gemacht haben, befindet; so war der Kaiser Tiberius, nicht Augusts Nachfolger, sondern Tiberius Claudius der erste, welcher das Rhodische Seerecht in eine Sammlung bringen ließ, und solches förmlich bestätigte, da es vielleicht vorher nur als Gewohnheitsrecht galt[25]). Nach der richtigern lateinischen Version, welche Godefroi[26]) geliefert hat, lautet die gedachte Urkunde folgendermaßen.

21) *L.* 2. *pr. et* §. 3. *D. h. t.* *L.* 4. *pr. et* §. 1. *D. eodem.* S. BALDUIN. cit. Commentar. pag. 139. edit. *Halens.* *Io. Aug.* BACH Historia iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 2. §. 97. und *Io. Gottl.* HEINECCII Histor. iuris civ. Lib. I. §. 296.

22) Leges Rhodiorum navales. *Basiliae* 1561. 8.

23) *Io.* LEUNCLAIUS Iur. Graeco Rom. cura *Marq.* FREHERI *Francof.* 1606. edit. Tom. II. pag. 265. sq.

24) Bey seinem Commentar. ad *Peckium* de re nautica.

25) S. *Iac.* GOTHOFREDUS de imperio Maris. Cap. IX.

26) De imperio maris. Cap. 8.

Lex Rhodia nautica, quam firmarunt Sacratissimi Imperatores, *Tiberius*, *Hadrianus*, *Antoninus*, *Pertinax*, *Lucius Septimius Severus*, semper Augusti.

1) TIBERIUS *Caesar Augustus; Pontifex Maximus, tribuniciae potestatis a. XXXII. Supplicaverunt mihi nautae, navicularii, et negotiatores, ut quaecunque in mari contingunt, in collationem venirent.*

Oratione *sumta* NERO *dixit*: *Maxime, Prudentissime, et Illustrissime* TIBERI *Caesar. Nihil necesse duco commendare ea, quae a Magnitudine tua hactenus constituta sunt.*

Narratio. *Mitte, qui diligenter Rhodi inquirat et adnotet ea, quae observantur circa navigantes, seu nautas et navicularios, et negotiatores, et vectores, et merces impositas, et societates, et navigia, et emtiones venditiones, et navium fabricam, et deposita auri et argenti, aliasque diversas species.*

Haec omnia TIBERIUS *decreto firmata signataque tradidit Antonino clarissimo Consuli, et Consularibus, qui ad ipsum salutatum venerant, in felicissima, arceque omnium ubium Roma.*

2) *Lauro et Agrippino Consulibus clarissimis. Hi obtulerunt Maximo Imperatori* VESPASIANO: *Qui et ipse ea firmavit in amplissimo Senatu.*

3) ULPIUS TRAIANUS *Legem Rhodiorum obtinere sivit, una cum amplissimo Senatu.*

4) *Sed et* ANTONINUS *supplicanti cuidam respondit. Ego quidem mundi dominus sum, ius*

vero maris lege Rhodiorum nautica iudicetur, in quibus ei legum nostrarum aliqua non adversatur.

Es ist jedoch die Aechtheit dieser Urkunde, so wie die Sammlung der Rhodischen Seegesetze selbst, nach den Gründen, welche Cornelius van Bynkershök[27]) dawider vorgebracht hat, noch vielem Zweifel unterworfen. Soviel ist indessen gewiß, daß der Kaiser Antoninus Pius in dem merkwürdigen Rescript, welches uns Volusius Mäcianus in der *L.* 9. *D. h. t.* aufbehalten hat, das Rhodische Seerecht, als das entscheidende Recht in Streitigkeiten des Seewesens, feyerlichst anerkannt habe, soweit kein römisches Gesetz entgegen stand. Das Rescript selbst, nebst der vorausgehenden Supplik des Eudämon von Nicomedien an den Kaiser Antonin, welches Mäcian, nach der Inscription (*ex Lege Rhodia*) zu urtheilen, vielleicht aus einer zu seinen Zeiten vorhandenen Samlung der Rhodischen Seegesetze entlehnt hat[28]), ist griechisch abgefaßt, zugleich aber in den heutigen Ausgaben unsers **Corpus iuris** mit einer, jedoch sehr schlecht gerathe-

27) Ad L. *Ἀξίωσις*. Cap. V. et VIII. Man sehe auch *Io. Gottl.* Heineccii Histor. iuris civ. L. I. §. 295. und *Io. Aug.* Bach Histor. iurispr. Rom. Lib. IV. cap. 1. Sect. III. §. 26.

28) S. Gothofredi Comm. de imperio maris Cap. II. Daß Mäcian selbst einen Commentar über das Rhodische Gesetz geschrieben habe, ist unerweislich; sondern die Stelle ist wahrscheinlich von den Compilatoren der Pandecten aus desselben libris publicorum iudiciorum entlehnt, worin er auch von den Seeverbrechen gehandelt hat, zu denen vorzüglich die Beraubung der Schiffbrüchigen gehörte. *L.* 1. *in fin.* *L.* 2. 3. 4. 5. 7. *D. de incendio, ruina, naufragio.* *L.* 18. *C. de furtis.* und *Auth.* Navigia *Cod. de furtis.*

nen, lateinischen Version versehen. Eine neue richtigere Uebersetzung hat Godefroi[29]) geliefert, welche hier einen Platz verdient. *Libellus supplex* (ἀξίωσις, nicht deprecatio, wie es die vulgata übersetzt hat) *Eudaemonis, Nicomediensis, ad Antoninum Imperatorem. Domine Imperator Antonine, cum naufragium fecissemus in Italia*[30]), *direpti sumus a publicis servis* (ὑπό τῶν δημοσίων, welches unrichtig a publicanis übersetzt wird[31]) *eorum, qui Cycladas insulas incolunt.* ANTONINUS *Eudomini rescripsit. Ego quidem orbis dominus sum; sed tamen ius maris secundum legem Rhodiorum nauticam iudicetur*[32]) *in his, in quibus nulla nostrarum le-*

29) Cit. Comment. Cap. 1.

30) Da Italien in einer sehr weiten Entfernung von den Cykladischen Inseln liegt, so ist die Emendation des Godefroi de imp. maris. cap. 3. sehr wahrscheinlich, welcher, statt *εν τη Ἰταλια*, lieber *ἐν τῇ Ἰκαρία*, sc. *θαλασσι*, i. e. *in Icario mari*, in welchem die Insel Icaria liegt, lesen will. Man sehe auch VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und *Hug.* GROTII Florum sparsio ad ius Iustinian. ad h. L. pag. 156. edit. *Halens.* 1729. 8. Noch glücklicher ist jedoch die Emendation des *Ger.* NOODT Observat. Lib. I. cap. 13. welcher statt Italia vielmehr *Aethalia*, eine Insel im Aegeischen Meere zwischen Samos und Lesbos, lesen will.

31) S. GOTHOFREDUS cit. Comment. cap. 4.

32) Ohne Sinn übersetzt hier die Vulgata: *Ego quidem mundi dominus, Lex autem maris. Lege id Rhodia, quae de rebus nauticis praescripta est, iudicetur.* Νόμος τῆς θαλάσσις, heißt vielmehr ius, quod in mari obtinet. Das Unterscheidungszeichen nach θαλασσις ist daher mit Godefroi cit. Comm. cap. 6. et 7. wegzustreichen. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING Thesium controversarum Dec. LI. Th. 9. und VOET Comm. ad Pandect. h. t. §. 1.

gum ei adversatur. Id ipsum vero et sacratissimus Augustus[33]) *decrevit.* Aus dieser Stelle läßt sich zugleich schließen, daß man die Seegesetze der Rhodier nicht ohne Auswahl aufgenommen hatte. Es werden daher in den Klassikern[34]) hin und wieder manche Gesetze angeführt, welche bey den Römern nicht galten[35]). Jetzt kennen wir nur noch eine der vorzüglichsten Entscheidungen als ächt, welche das Kapitel vom Seewurf enthält. Dieß ist auch nur das einzige Fragment, welches aus dem Rhodischen Seerecht in unsere Pandecten übergegangen ist. Es ist darin Folgendes verordnet. Wenn bey stürmischer See, zur Rettung des Schiffs, Güter und Waa-

33) Dieser *Sacratissimus Augustus* (ὁ θειοτατος Αὐγουστος) ist nicht der Kaiser Octavianus Augustus, wie viele glauben, sondern der Kaiser *Marcus Antoninus*, unter welchem Mäcian lebte. S. Gothofredi Commentar. cit. Cap. 6. Die letzten Worte der angeführten Stelle sind überhaupt blos eine Bemerkung von Mäcian.

34) Cicero *de invent.* Lib. II. cap. 32. idem *in Orator. Partiton.* Cap. 34. Strabo *Lib. XIV.*

35) S. Gundling cit. Commentar. pag. 140. Mehrere wollen überhaupt behaupten, daß die Römer von den Rhodischen Gesetzen nichts, als das caput de iactu, aufgenommen hätten. Denn auch Paulus in *Sentent. Recept.* Lib. II. Tit. 7. wo er die *Lex Rhodia* ex instituto erklärt, rede überall nur vom Seewurf. S. Heineccii Hist. iuris Lib. I. §. 296. Not. *). Allein die *L. 9. D. h. t.* beweißt offenbar das Gegentheil; auch Harmenopulus in *Promtuario iuris* Lib. II. Tit. 11. princ. sagt: Nautica omnia et quaecunque in mari controversiae incidunt, lege Rhodia deciduntur, et ex praescripto Legum Rhodiarum disceptantur, ac iudicantur, ubicunque lex aliqua non extiterit, quae Rhodiis adversetur. Sunt enim nauticarum omnium legum Rhodiae vetustissimae.

ren über Bord geworfen werden mußten; so sollen die Eigenthümer, welche das Ihrige zur Rettung der übrigen im Schiff befindlichen Sachen aufgeopfert haben, von den Eigenthümern der letztern nach Maasgabe und Verhältniß ihres dadurch geretteten Eigenthums entschädiget werden. Paulus sagt *L.* 1. *D. h. t.* **Lege Rhodia** cavetur, ***ut si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur***, *quod* ***pro omnibus datum est.***

§. 884.

Grund der Verbindlichkeit zur Entschädigung vermöge des Rhodischen Gesetzes.

Das Rhodische Gesetz vom Seewurf geht von dem Grundsatz aus, es sey billig, daß einzelnen der Schade vergütet werde, den sie dadurch erlitten haben, daß sie bey einer mehreren zugleich drohenden Gefahr ihr Eigenthum für Andere aufopferten, wenn diesen dadurch das Ihrige gerettet und erhalten worden ist. Paulus gibt diesen Grund selbst an, wenn er *L.* 2. *pr. in fin. D. h. t.* sagt: **Aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui, propter amissas res aliorum, consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.** Denn offenbar würden sich diejenigen, deren Güter gerettet worden sind, mit dem Schaden derjenigen bereichern, welche das Ihrige verloren haben. Die Verbindlichkeit zur Entschädigung, welche das Rhodische Gesetz ausspricht, ist also eine unmittelbare, weil kein besonderes factum obligatorium desjenigen, der hier verpflichtet wird, vorausgegangen ist, welches den nächsten Grund derselben enthält, sondern dieser Grund vielmehr hier in der Vorschrift des Gesetzes

selbst liegt[36]). Immer setzt aber diese Verbindlichkeit voraus, daß durch den Seewurf die Sachen der übrigen wirklich erhalten worden sind. Mit Recht sagt daher Voet[37]) non ex iactu, *sed ex subsecuta ad jactum conservatione aliarum mercium* natam esse contributionis obligationem, quippe quibus non salvis, nulla de iactu actio esset. Soll also eine Verbindlichkeit zur Vergütung des durch einen Seewurf erlittenen Schadens Statt finden; so ist nicht genug, daß ein iactus geschehen ist, sondern es wird vielmehr zur Begründung derselben erfordert, 1) daß das Schiff in Gefahr gewesen seyn müsse, zu scheitern und unterzugehen[38]). 2) Die Gefahr muß zufällig z. B durch Sturm entstanden seyn[39]). 3) Der Seewurf muß nach dem Urtheile der Verständigen nothwendig gewesen seyn[40]). 4) Die über Bord geworfenen Güter müssen wirklich verlohren worden, und dadurch den Eigenthümern derselben ein Schaden entstanden seyn[41]); und 5) das Schiff und die übrigen Waaren auf demselben müssen durch den Seewurf gerettet worden seyn[42]). Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so fällt die Verbindlichkeit zur Entschädigung weg.

36) S. MALBLANK Princip. iuris Rom. P. II. Sect. I. §. 501. und Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 32.

37) S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 2.

38) *L. 2. pr. D. h. t.*

39) *L. 2. §. 2. D. eod.*

40) *L. 2. §. 1. D. eodem. L. 5. pr. D. eodem.*

41) *L. 2. §. 7. L. 4. in fin. D. h. t.*

42) *L. 5. pr. D. eodem.*

§. 885.

Die Verbindlichkeit zur Entschädigung fällt weg 1) wenn keine gemeine Gefahr vorhanden war.

Es muß also I) eine nahe und gemeine Gefahr vorhanden gewesen seyn, welche es nothwendig machte, zur Erleichterung des Schiffs einen Theil der Ladung über Bord zu werfen. Diese wird rechtlich angenommen, wenn alle auf dem Schiffe in den Seewurf willigten. Ist dieses nicht der Fall, so kommt es, ohne Rücksicht des Orts, das Schiff befinde sich noch auf der hohen See, oder habe schon den Hafen erreicht, hauptsächlich auf das Urtheil der Seeerfahrnen an[43]). Wenn nun nach dem Urtheile des Setzschiffers und des größten Theils der Seeleute auf dem Schiff die Gefahr wirklich so groß ist, daß ohne Erleichterung des Schiffs der Untergang desselben nicht wohl abgewendet werden kann, so wird der Seewurf für nothwendig gehalten, und er kann geschehen, wenn gleich die Eigenthümer der Schiffsgüter nicht darein willigen sollten. Es müssen jedoch, wenn nachher die Contribution zur Sprache kommt, diejenigen, auf deren Beschluß der Seewurf geschahe, noch durch ihren Eid bekräftigen, daß dieser wirklich aus Noth geschehen sey[44]). Hieraus folgt 1) daß wenn durch die Schuld einer Person, oder durch Unvorsichtigkeit des Setzschiffers, welcher z. B. das Schiff

43) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

44) Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *Van der* Schelling cit. Diatriba Cap. 6. §. 3. et 4. *Io.* Loccenius de iure maritimo Lib. II. cap. 7. §. 2. et 3. und *Iust. Ge.* Schottel de singularib. quibusd. et antiquis in Germ. iuribus. Cap. 21. §. 6.

zu schwer befrachtet hat, die Gefahr veranlaßt wurde, die Beschädigten sich eigentlich blos an denjenigen halten können, durch dessen Schuld der Schade geschehen ist[45]); oder, welcher wenigstens desselben Culpa zu vertreten hat, wie z. B. der exercitor, wenn der magister navis in Dienstsachen etwas versieht. Sollten sie jedoch von diesen keine Entschädigung erhalten, so kann ihnen der Regreß gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen aus dem Rhodischen Gesetz wenigstens jetzt nicht versagt werden[46]). 2) Sind Waaren ohne Noth von einigen Passagieren blos aus eitler Furcht über Bord geworfen worden, so waren es entweder ihre eigenen Sachen, und dann fällt alles Klagerecht weg; oder es waren fremde Güter, und dann können die Eigenthümer gegen die Urheber dieses Schadens mit der actio legis Aquiliae oder in factum klagen, ja wenn das Auswerfen blos unter dem Vorwand einer vorhandenen Gefahr in der Absicht geschehen wäre, um ihre Sachen für einen desto höhern Preiß zu verkaufen, oder sonst die Eigenthümer der ausgeworfenen Sachen in Schaden zu bringen, so findet auch die actio doli Statt[47]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß beym Auswerfen mit den-

45) Arg. *L.* 27. §. 23. *D. ad Leg. Aquil.* *L.* 30. §. 2. *D. Locati.* Huber Praelect. h. t. §. 8. und Franz Ludw. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte 4. Bd. 15. Abh. §. 43.

46) S. Schaumburg Compend. iuris Dig. h. t. §. 3. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 983.

47) *L.* 14. *pr. D. de praescript. verb.* S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Decad. LII. Th. 1. und Hofacker Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1995.

jenigen Gütern der Anfang zu machen sey, welche das Schiff am meisten belästigen, und doch von dem geringsten Werthe sind[48]). Auch müssen die Eigenthümer angeben was in den Fässern und Kisten ist, und alles von dem Schiffsschreiber genau verzeichnen lassen[49]); sonst werden die ausgeworfenen Güter blos nach dem äußerlichen Anschein oder nach der in dem Frachtbriefe (Connoissement) geschehenen Angabe geschätzt[50]). Ob übrigens wirkliche Kaufmannsgüter, oder auch nur Sachen, die zur Schiffsrüstung und Armatur gehören, über Bord geworfen worden, ist gleichviel, wenn es nur zur Erleichterung und Rettung des Schiffs geschahe[51]).

§. 886.

2) Wenn kein Schaden geschehen ist.

Zur Begründung der Verbindlichkeit, von welcher das Rhodische Gesetz redet, wird ferner II) erfordert, daß durch den Seewurf wirklich ein Schade geschehen sey[52]). Haben also die Eigenthümer der über Bord geworfenen Sachen das Ihrige in Natur wieder bekommen, so fällt

48) S. Schottel cit. loc. §. 7. Huber cit. loc. §. 2. Wolff Diss. ad L. Rhod. §. 3. Wedderkopp Introd. in ius nautic. Lib. IV. Tit. 1. §. 12.

49) Joh. Jul. Surland Grundſ. des europ. Seerechts. §. 83. von Cancrin Abhandl. von dem Wasserrechte. Abh. XV. §. 43.

50) Huber Praelect. h. t. §. 2. *van der* Schelling Diatr. cit. Cap. IX. §. 5. nr. 1. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLX. Corol. 3.

51) *L. 3. L. 5. §. 1. D. h. t.*

52) *L. 4. in fin. D. h. t.*

die Verbindlichkeit der Entschädigung von Seiten der übrigen weg[53]). Denn was entweder durch Taucher wieder aus der See gezogen, oder am Gestade aufgefangen worden ist, muß den Eigenthümern restituirt werden, weil man solche Sachen nicht für derelinquirt halten kann, welche blos, um das Schiff zu erleichtern, und von einem drohenden Untergange zu retten, über Bord geworfen worden sind[54]). Paulus sagt *L.* 2. §. *ult. D. h. t.* ausdrücklich: **Res autem iactu domini manet, nec fit apprehendentis, *quia pro derelicto non habetur*.** Und hiermit stimmt auch Julian überein, wenn er diesen Satz *L.* 8. *D. h. t.* auf folgende Art erläutert: **Qui levandae navis gratia res aliquas proiiciunt, *non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant*; quippe si invenerint eas, ablaturos, et, si suspicati fuerint, in quem locum eiectae, requisituros: ut perinde sint, ac si quis onere pressus, in viam rem abiecerit, mox cum aliis reversurus, ut eandem auferret.** Niemand darf sich daher an solchen Gütern vergreifen, ohne sich eines Diebstahls schuldig zu machen[55]); auch selbst der Fiskus

53) *L.* 2. §. 7. *D. h. t.* **Si res, quae iactae sunt, apparuerint, exoneratur collatio.**

54) Daher findet an solchen Sachen, welche über Bord geworfen worden sind, auch keine Usucapion statt. *L.* 7. *D. pro derelicto.* *L.* 21. §. 1. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

55) §. *ult. I. de rerum divis.* *L.* 4. *D. de incend. ruina, naufragio* etc. *L.* 18. *C. de furt.* *Ian. a* Costa ad §. ult. I. de rer. divis. pag. 183. Diesem ist *L.* 43. §. 11. *D. de furtis* nicht entgegen. Denn hier ist von einem solchen Falle die Rede, da eine Sache ins Meer geworfen worden ist, von welcher gewiß war, daß sie sogleich zu

hat daran keinen Anspruch mehr[56]). Kr. Constantin[57]) verordnet ausdrücklich *L. 1. Cod. de naufragiis*: **Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad littus, vel si quando aliquam terram attigerit[58]), ad dominos pertineat. Fiscus meus sese non interponat. Quod enim ius habet fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium sectetur?** Noch ausdrücklicher und unter Androhung von Strafen wiederholt dieses Kr. Friedrich **II.** in der *Aut.* **Navigia.** *Cod. de furtis*, in welcher es heißt: **Navigia quocunque locorum pervenerint, si quo casu contingente rupta fuerint, vel alias ad terram pervenerint, tam ipsa navigia, quam navigantium bona illis integra, reserventur ad quos spectabant, antequam navigia huiusmodi periculum in**

Grunde gehen und verderben müsse. Hier ist freylich animus derelinquendi rechtlich anzunehmen. S. *de* Coccejı iur. civ. controv. h. t. §. 6. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 306. Dieß hat noch weniger Zweifel, wenn die Sache, außer dem Fall der Noth freiwillig ins Meer geworfen wird, wie Vinnius in Comment. ad §. ult. I. de rer. divis. nr. I. und Emminghaus ad *Coccejum* cit. loc. not. k. diese Stelle erklären.

56) S. *Theod.* Pauli Diss. de bonis naufragorum fisci et privatorum acquisitionem effugientibus. *Regiom.* 1689.

57) So nach der Inscription. Allein Salmasius de modo Usurarum cap. 5. hält richtiger den Kr. Antonin für den Urheber dieser vortrefflichen Constitution. Denn in dem Theodosianischen Codex findet sich dieselbe in dem *de naufragiis* nicht. Auch Haloander lieset statt *Constantinus. Imp.* Antoninus.

58) Statt *aliquam terram attigerit*, lieset Salmasius c. l. *reliqua terram attigerint*, welche Leseart auch Vinnius in Comm. ad §. ult. I. de rerum divis. in fin. billiget.

currissent: sublata penitus omnium locorum consuetudine, quae huic adversatur sanctioni: nisi talia sint navigia, quae piraticam exerceant pravitatem, aut sint nobis, sive christiano nomini inimica. Transgressores autem huius nostrae constitutionis bonorum suorum publicatione multentur: et si res exegerit, eorum audacia juxta mandatum nostrum modis aliis compescatur. Bey den alten Deutschen herrschte zwar ehemals die höchst unbillige, gesunde Vernunft und Menschenrecht beleidigende Gewohnheit, vermöge welcher die durch Schiffbruch verunglückten Personen und Sachen, welche an das Gestade waren getrieben worden, ein Eigenthum desjenigen wurden, welcher die Jurisdiction über das Ufer ausübte. Man sagte im Sprichwort: der Schiffer kann Leib und Guth verfahren, wenn er Schiffbruch leidet, und nannte dieses barbarische Recht das Strandrecht[59]). Allein dieses Recht ist als eine böse und unvernünftige Gewohnheit durch Reichsgesetze[60]) schon längst aufgehoben worden. Ausgeworfene und gestrandete Sachen müssen also jetzt von den Findern an die deshalb angeordneten Berggehäuser abgeliefert werden,

59) S. SCHOTTEL de singularib. quibusdam et antiquis in Germania iurib. Cap. 20. *Ioach.* KAEMPFFER Diss. de iure appulsus. *Ienae* 1680. *Iac.* SCHUBACK Diss. de iure littoris, vom Strandrechte. *Goett.* 1750. EIUSD. Commentar. de iure littoris. *Hamb.* 1751. 4. Ins Deutsche übersetzt durch Joh. Christ. Greilich. 1. Th. Hamburg 1767. 2. Th. Ebendaselbst 1781. 4.

60) Peinl. Gerichts-Ordn. Carls V. Art. 218. Reichs-Absch. vom J. 1559. §. 35. REINHARTH Select. Observationes ad *Christinaei* Decision. Vol. V. Obs. 8.

aus welcher sie der wahre Eigenthümer gegen Erlegung eines Bergegeldes (Servaticium) zurückerhält[61]). Findet sich dann kein Eigenthümer, so kann sie der Fiskus zur Unterhaltung öffentlicher Anstalten verkaufen. Dieß nennt man das Strandrecht im heutigen Sinn[62]). Durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten wurde übrigens die **Lex Rhodia** noch auf folgende Fälle angewendet; 1) wenn zur Erleichterung des Schiffs ein Theil der Ladung in ein Boot gebracht worden, dieses aber gesunken ist. Ein solcher Verlust wird einem Seewurf gleichgeachtet, gesetzt auch, daß der Schade erst bey der Einfarth in den Hafen geschehen wäre. Callistratus war dieser Meinung, wie aus *L.* 4. *pr. D. h. t.* erhellet, wo er sagt: **Navis onustae levandae causa, quia intrare flumen vel portum non potuerat cum onere, si quaedam merces in scapham trajectae sunt, ne aut extra flumen periclitetur, aut in ipso ostio vel portu, eaque scapha submersa est, ratio haberi debet inter eos, qui in nave merces salvas habent, cum his, qui in scapha perdiderunt:** ***perinde tanquam si iactura facta esset.*** Idque SABINUS quoque *libro* 2. ***Responsorum*** probat[63]). 2) Wenn Sachen zwar nicht über Bord geworfen, allein durch das Auswerfen anderer, und dadurch

61) *Io. Sam. Frid.* BOEHMERI Diss. de servaticio, quod vulgo Bergegeld vocant. *Halae* 1743.

62) S. Franz Ludw. v. Cancrin Abhandl. vom Strandrechte. In Desselben Abhandlungen von dem Wasserrechte. 3. Band 13. Abhandl. §. 5. ff. S. 103. ff.

63) *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* p. 329. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. LII. Th 6.

verursachte Bespritzen mit Seewasser verderbt worden sind. Der Grund ist hier der nämliche. **Quid enim interest,** sagt Callistratus *L. cit.* 4. §. *ult. D. eodem,* **iactatas**[64]**) res meas amiserim, an nudatas**[65]**) deteriores habere coeperim? Nam sicut ei, qui perdiderit, subvenitur: ita et ei subveniri oportet, qui deteriores propter iactum res habere coeperit. Haec ita** PAPIRIUS FRONTO **respondit.** 3) Wenn Jemand ein von den Seeräubern weggenommenes Schiff mit seinem Gelde loskauft. Hier müssen alle zum Ersatz des Lösegeldes verhältnißmäßig beytragen. Dieß gilt aber nur, wenn das ganze Schiff ist ranzionirt worden. Denn haben die Seeräuber blos das Schiff geplündert, so trägt den Schaden Niemand, als der Eigenthümer. Paulus sagt *L.* 2. §. 3. *D. h. t.* **Si navis a piratis redemta sit,** SERVIUS, OFILIUS, LABEO, **omnes conferre debere, aiunt. Quod vero praedones abstulerint, eum perdere, cuius fuerint: nec conferendum ei, qui suas merces redemerit.**

§. 887.

3) Wenn das Schiff dennoch unterging.

Es müssen ferner **III.** das Schiff und die übrigen Sachen auf demselben durch den Seewurf wirklich geret-

64) Statt *iactatas* lieset Baudoza **iactas**, womit auch unser Erlanger Codex übereinstimmt.

65) Baudoza lieset hier *inundatas*. Diese Leseart hält POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. VI. not. h. et k. für besser. Allein *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 3. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 329. haben gezeigt, daß auch mit Beybehaltung der florentinischen Leseart ein richtiger Sinn herauskomme.

tet worden seyn, wenn eine Verbindlichkeit zur Contribution Statt haben soll. Diese Verbindlichkeit fällt daher weg, wenn das Schiff dennoch gescheitert ist, gesetzt auch, es wäre ein Theil der Ladung aus dem Schiffbruch geborgen worden. Es können z. B. Sachen durch ein Boót gerettet, oder durch Taucher aus der See gezogen worden seyn. Hier sind die Eigenthümer derselben nicht verbunden, etwas zur Entschädigung derjenigen beyzutragen, die das Ihrige durch den Seewurf verloren haben, weil das Schiff dadurch nicht gerettet worden ist. Was also jeder aus dem Schiffbruche noch gerettet hat, ist eben so anzusehen, als wenn es bey einem plötzlich ausgebrochenen Brande aus dem Feuer gerettet worden wäre. Ein anders wäre, wenn das Schiff einmal durch Aufopferung eines Theils der Ladung wirklich aus einer drohenden Gefahr gerettet worden, hierauf aber bey einem zweyten Unglücksfall gescheitert wäre, jedoch an einem solchen Orte, wo es noch möglich war, einen Theil der Güter aus dem Schiffbruche zu retten [66]). Hier müssen sich die Eigenthümer der geretteten Sachen mit den Eigenthümern der über Bord geworfenen Güter billig ausgleichen. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 4. *pr. D. h. t.* **Si scapha cum parte mercium salva est, navis periit, ratio haberi non debet eorum, qui in navi perdiderunt: quia iactus in tributum,** ***nave salva,*** **venit.**

§. 1. ***eiusd. L.*** **4. Sed si navis, quae in tempestate, jactu mercium unius mercatoris, levata est, in alio loco submersa est, et aliquorum mercatorum mer-**

66) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 9.

ces per urinatores extractae sunt data mercede, rationem haberi debere eius, cuius merces in navigatione levandae navis causa iactae sunt, ab his, qui postea sua per urinatores servaverunt, SABINUS aeque respondit. Eorum vero, qui ita servaverunt, invicem rationem haberi non debere ab eo, qui in navigatione iactum fecit, si quaedam ex his mercibus per urinatores extractae sunt[67]): eorum enim merces non possunt videri servandae navis causa iactae esse, quae periit.

L. 5. *D. eodem.* Amissae navis damnum collationis consortio non sarcitur per eos, qui merces suas naufragio liberaverunt: nam huius aequitatem tunc admitti placuit, *cum iactus remedio caeteris in communi periculo, salva navi, consultum est*[68]).

L. 7. *D. eodem.* Cum depressa navis aut dejecta esset, quod quisque ex ea suum servasset, sibi servare respondit, tanquam ex incendio.

Hat das Schiff oder die Schiffsrüstung durch Sturm gelitten, die Ladung ist aber ohne Seewurf geborgen worden, so kann der Schiffsherr eben so wenig einen Beytrag zur Schadloshaltung fordern, als ein Handwerker,

67) Ganz ohne Grund will hier *Ant.* FABER in Rational. in Pand ad h. L. statt *extractae* non extractae gelesen wissen. Daß die gemeine Leseart richtig sey, zeigen *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. LII. Th. 5. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. VII. not. l. et m. und EMMINGHAUS ad *Coccejii* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. c. Tom. II. pag. 268.

68) Man sehe über diese Stelle *Ger.* NOODT ad h. Tit. p. 331. und besonders *Ios.* FINESTRES Hermogenian. Lib. II. p. 437. sqq.

der über der Arbeit sein Handwerkszeug zerbricht; es wäre denn, daß es ihm von den Befrachtern ausdrücklich versprochen worden, oder daß das Schiff auf Verlangen derselben, und aus Furcht, daß es scheitern möchte, seiner Masten und Rüstung wäre entlediget worden. Dann muß ihm billig der Schade ersetzt werden, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 2. §. 1. *D. h. t.* **Si conservatis mercibus deterior facta sit navis, aut si quid exarmaverit**[69]**) nulla facienda est collatio; quia dissimilis**[70]**) earum rerum causa sit, quae navis gratia parentur, et earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit. Nam et si faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei, qui locaverit opus: sed si voluntate vectorum vel**[71]**) propter aliquem metum id detrimentum factum sit, hoc ipsum sarciri oportet.**

69) D. i. si quaedam armamenta amiserit. S. *Ger.* Noodt Comm. ad Pand. h. t. pag. 329.

70) Cujacius Observation. Lib. XXIII. cap. 35. lieset statt dissimilis, *similis*. Pothier in Pand. Iustin. h. t. Nr. III. not. b. will *non dissimilis* lesen. *Ger.* Noodt hingegen meint in Comm. ad Dig. h. t. pag. 329. es lasse sich diese Stelle auch ohne Emendation erklären; allein seine Erklärung ist gezwungen.

71) Cujacius Observation. Lib. XXIII. cap. 35. glaubt, das *vel* sey wegzustreichen. Ihm stimmt auch Pothier in Pand. Iustin. h. t. Nr. III. not. c. bey. Allein vel heißt hier soviel als veluti oder puta, wie Noodt in Comment. ad Dig. h. t. p. 330. aus mehreren Stellen sowohl der römischen Klassiker als des corpus iuris gezeigt hat. Russard bemerkt in seiner Ausgabe des corpus iuris, daß in einigen Handschriften auch wirklich veluti gelesen werde.

L. 6. *D. eodem.* Navis adversa tempestate depressa, ictu fulminis deustis armamentis, et arbore et autemna, Hipponem delata est, ibique tumultuariis armamentis ad praesens comparatis, Ostiam navigavit, et onus integrum pertulit. Quaesitum est, an hi, quorum onus fuit, nautae pro damno conferre debeant? Respondit, non debere: hic enim sumtus instruendae magis navis, quam conservandarum mercium gratia factus est.

§. 888.

Regeln bey der Berechnung und Vergütung des Schadens nach der Lex Rhodia.

Sind nun die angegebenen Erfordernisse in einem vorkommenden Falle wirklich vorhanden, so können diejenigen, welche durch Aufopferung ihrer Sachen die im Schiffe befindlichen Sachen Anderer gerettet haben, eine verhältnißmäßige Entschädigung fordern. Diese Verbindlichkeit liegt jedoch den Eigenthümern der geretteten Sachen nur pro rata ob, wäre daher einer von denselben insolvent geworden, z. B. die ihm gehörigen Sachen sind einem Andern verpfändet, oder nachher durch Feuer, oder Seeraub verloren gegangen, so brauchen die übrigen für ihn nicht zu haften [72]). Auch sind diejenigen von der Contribution frey, welche die ihnen geretteten Sachen derelinquirt, oder sie dem

72) *L.* 2. §. 6. *D. h. t.* S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 7. et 8. und Thibaut System des Pand.R. 2. Bd. §. 984. Anderer Meinung ist MALBLANK in Princip. iuris Rom. P. II. §. 502.

Vorsteher des Schiffs für die Fracht überlassen haben [73]). Die Berechnung des Beytrags zur Entschädigung derer, welche das Ihrige durch den Seewurf verloren haben, oder sonst dadurch beschädiget worden sind, geschieht in dem nächsten Hafen, und wird daher Haverey [74]) genannt, obwohl diese Benennung von anderen [75]) vielmehr von dem Worte Habe hergeleitet werden will, worunter das Schiffsgut verstanden wird, so wie man auch sonst in dem deutschen Redegebrauche Habe und Gut zu sagen pflegt. Man nennt die Haverey, von welcher hier die Rede ist, die große (*havaria magna* seu *grossa*), zum Unterschied der gemeinen, oder ordinären Haverey, (*havaria communis*) welche in einem bloßen Beytrage derjenigen Unkosten besteht, die außer dem Fall eines Seewurfs und der Gefahr des Schiffbruchs, blos zur Beförderung der Seereise, und zum gemeinen Nutzen der Waaren auf dem Schiffe erfordert wurden, und daher auch nur von den Eigenthümern derselben, ohne Beyziehung des Schiffsherrn, verhältnißmäßig zu entrichten sind. Zu dieser gemeinen Haverey rechnet man das Anker- Lootsen und Grundgeld, ferner das Convoy- Pfäl- Brücken- und

73) S. Müller ad *Struvii* Synt. iuris civ. Exercit. XX. Th. 18. not. γ. Nr. III.

74) S. *Iust. Ge.* Schottel de singularib. quibusd. et antiquis in Germ. iuribus Cap. XXI. §. 2. et 3. Reinh. Fried. von Sahme Einleitung zum Seerecht des Königreichs Preußen. Tit. 10. §. 1. und Franz Ludw. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte. 4. Bd. 9. Tit. S. 59. ff.

75) S. *Ioh.* Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 28. *Iust. Henn.* Boehmer Disput. de discrimine tempestatis maritimae Cap. II. §. 23.

ordinäre Quarantänegeld [76]). Die große Haverey hingegen geht über Schiff und Gut [77]). Nur die zur Consumtion der Schiffsleute, und der auf dem Schiffe sich befindenden Passagiere bestimmten Eß- und Trinkwaaren, sie mögen das Eigenthum der letztern seyn, oder nicht [78]); desgleichen die freyen Menschen auf dem Schiffe [79]), so wie jetzt auch die täglichen Kleider, welche sie auf dem Leibe tragen [80]), sind bey der Contribution außer Anschlag zu lassen. Jedoch gestattet man nach dem heutigen Gerichtsgebrauche auch demjenigen, welcher mit Aufopferung seiner Gesundheit Sa-

76) S. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 3. *Io.* Wedderkopp Ius naut. Lib. IV. Tit. I. und *Io. Heinr.* Fricke Diss. de havariarum discrimine inprimis ex Legibus Germ. septentrionalis. *Kilonii* 1773.

77) S. Schottel cit. loc. §. 18. S. 411.

78) *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* — nisi si qua *consumendi causa* imposita forent: quo in numero essent *cibaria*, eo magis, quod si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet, in commune conferret. S. *Hug.* Grotius de iure belli ac pacis. Lib. II. cap. 2. §. 6. *Pet. van der* Schelling Diatr. de L. Rhod. Cap. IX. §. V. nr. 5. und Malblank Diss. ad L. 2. §. 2. D. de L. Rhod. de iactu. §. 7.

79) *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* Corporum liberorum aestimatio nulla fieri potest.

80) Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 14. In der *L.* 2. §. 2. *D. cit.* heißt es zwar ausdrücklich: *Vestimentorum cuiusque aestimationem fieri oportere, visum est.* Allein die heutige Praxis nimmt die vestes quotidianae, quibus induti sunt navigantes, aus. S. Loccenius de iure maritimo Lib. II. cap. 8. §. 21. und *Pet. van der* Schelling in Diatr. de Lege Rhod. Cap. IX. §. V. nr. 4. p. 32.

chen rettete, Ansprüche auf Entschädigung [81]). Es müssen nun hiernächst I. alle contribuiren, denen daran gelegen war, daß der Seewurf geschahe [82]); also nicht nur diejenigen, deren Waaren und Sachen dadurch gerettet worden sind, der Schiffsherr, wie der Befrachter des Schiffes, sondern auch selbst die Eigenthümer der über Bord geworfenen Güter. Denn auch ihnen mußte ja an dem Seewurf gelegen seyn, weil sie sonst Alles verloren hätten. Da sie nun durch die Contribution das verlorne Gut wieder ersetzt bekommen, so können sie ja der Billigkeit nach nicht den ganzen Ersatz fordern, sondern sie müssen sich natürlich ihren Beytrag abrechnen lassen. Mit Recht sagt daher Voet [83]): **Porro et ipse mercium iactarum dominus oneri contributionis exemtus non est,** ***quippe cui pro rata tanto minus tribuendum, quantum caeteris per contributionem decedit, vel abest;*** **adeoque si domini mercium salvatarum ex centum salvatis viginti quinque conferre teneantur, non amplius quam**

81) S. SCHOTTEL cit. loc. §. 16. *I. H.* BOEHMER Diss. de discrim. tempest. marit. Cap. II. §. 24. SCHELLING cit. loc. §. V. nr. 4. pag. 31. und Thibaut System §. 984.

82) *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* Placuit, omnes, *quorum interfuisset iacturam fieri*, conferre oportere, quia id tributum observatae res (nach Baudoza ob servatas res) deberent: itaque *dominum etiam navis* pro portione obligatum esse.

83) Comment. ad Pand. h. t. §. 11. Anderer Meinung ist zwar *Ant.* MATTHAEUS in Disputat. de Lege Rhodia Th. 16. Allein Voet a. a. O. hat die Gründe desselben geprüft, und hinlänglich widerlegt. Man sehe auch *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 2. §. 4. D. h. t. *van der* SCHELLING cit. Diatr. Cap. VIII. §. 2. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. LII. Th. 4.

septuaginta quinque ex contributione consequentur, quorum iactae merces aureis centum aestimatae sunt; uti id evidentissime colligi potest ex iis, quae de mercibus per aquae aspersionem occasione iactus corruptis ac depretiatis *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* sancita sunt. Sind Sachen durch den Seewurf zwar erhalten, aber doch durch das Bespritzen von Seewasser beschädigt worden, so kommt es darauf an, ob der Schaden den Werth ihres Beytrags übersteigt, oder nicht. Im ersten Falle dürfen die Eigenthümer derselben nichts weiter contribuiren, wohl aber im letztern Fall, jedoch rechnen sie den erlittenen Schaden ab. *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* sagt hierüber folgendes: Cum autem iactus de nave factus est, et alicuius res, quae in navi remanserunt, deteriores factae sunt, videndum, an conferre cogendus sit: quia non debet duplici damno onerari, et collationis, et quod res deteriores factae sunt? Sed defendendum est, hunc conferre debere pretio praesente rerum. Itaque verbi gratia si vicenum merces duorum fuerunt, et alterius aspergine decem esse coeperunt, ille, cuius res integrae sunt, pro viginti conferat, hic pro decem. Potest tamen dici etiam illa sententia, distinguentibus nobis, deteriores ex qua causa factae sunt: id est, utrum propter iactu nudatis rebus damnum secutum est, an vero alia ex causa, veluti quod alicubi jacebant merces in angulo aliquo, et unda penetravit; tunc enim conferre debebit. An ex priore causa collationis onus pati non debet, quia iactus etiam hunc laesit. Adhuc numquid et si aspergine propter iactum res deteriores factae sunt. Sed distinctio subtilior admittenda est, quid plus sit, in

damno, an in collatione. Si verbi gratia hac res viginti fuerunt, et collatio quidem facit decem, damnum autem duo: deducto hoc, quod damnum passus est, reliquum conferre debeat. Quid ergo, si plus in damno erit, quam in collatione? Utputa decem aureis res deteriores factae sunt: duo autem collationis sunt? Indubitate utrumque onus pati non debet.

II. Alle Sachen, und zwar nicht nur die geretteten, welche nicht zur Consumtion bestimmt, sondern als Waare und Schiffsgut anzusehen sind, selbst das Schiff mit eingeschlossen, jedoch nach Abzug der Fracht [84]), sondern auch die durch den Seewurf verloren gegangenen oder beschädigten Sachen müssen geschätzt, und darnach der Beytrag eines Jeden bestimmt werden. Paulus gibt die allgemeine Regel *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* Iacturae summam pro rerum pretio distribui oportet. Es kommt daher auch nicht auf die Schwere der Waaren an, ob sie das Schiff mehr oder weniger belasten. Auch Ringe, Juwelen, Medaillen, und andere Pretiosen, welche das Schiff auch nicht im mindesten belasten, müssen daher so gut in Anschlag gebracht werden, als schwere Frachtgüter, wie Paulus an dem angeführten Orte ausdrücklich sagt.

III. Die über Bord geworfenen Güter werden in Gemäßheit des gemeinen Rechts [85]) nach dem Einkaufs-

84) *Van der* SCHELLING Diatr. de L. Rhod. Cap. X. §. 8. WEDDERKOPF Introduct. in ius nautic. Lib. IV. Tit. I. §. 32. Surlands Grundsätze des europ. Seerechts §. 330. und Thibaut System 2. Th. §. 984.

85) Nach dem heutigen Seerechtsgebrauche unterscheidet man, ob der Seewurf geschahe, ehe noch die Hälfte der Seereise zu

preise, die durch den Seewurf geretteten, jedoch beschädigten, nach ihrem gegenwärtigen Werthe, die unbeschädigten aber, mit Inbegriff der Kleider, welche die Passagiers in Koffern und Kisten bey sich führen, nach dem Werthe berechnet, für welchen sie verkauft werden können [86]). Merkwürdig sind hier folgende Stellen. *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* Portio autem pro aestimatione rerum, quae salvae sunt, et earum, quae amissae sunt, praestari solet. Nec ad rem pertinet, si hae, quae amissae sunt, pluris veniri poterunt: *quoniam detrimenti, non lucri, fit praestatio.* Sed in his rebus, quarum nomine conferendum est, *aestimatio debet haberi, non quanti emtae sint, sed quanti venire possunt.*— *L.* 4. §. 2. *D. eodem.* Cum autem iactus de nave factus est, et alicuius res, quae

rückgelegt war, oder erst nachher. Nur in dem ersten Falle werden die verloren gegangenen Sachen nach dem Einkaufspreise, in dem andern aber nach demjenigen Werthe geschätzt, für welchen sie an dem bestimmten Orte hätten verkauft werden können. S. Schottel de sing. et antiqu. in Germ. iurib. Cap. XXI. §. 11. Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 6. *Van der* Schelling cit. Diatr. Cap. X. §. 7. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte 4. B. §. 109. S. 62.

86) S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 7. et 8. Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 15. rühmt zwar vorzüglich die aus dieser Vorschrift hervorleuchtende besondere Weisheit und Billigkeit; allein dem berühmten *Ant.* Schulting in Thes. controv. Dec. LII. Th. 8. hat sie nicht einleuchten wollen. Soviel ist gewiß, daß es h. z. T. an vielen Orten anders ist. S. *I. H.* Boehmeri Diss. de discrim. tempest. maritimae Cap. 2. §. 29. Im Zweifel geht es nach der Verordnung des gemeinen Rechts. S. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Q. 5.

in navi remanserunt, *deteriores factae sunt*, videndum an conferre cogendus sit? — Et defendendum est, hunc conferre debere *pretio praesente rerum*.

IV. Ist auf solche Art die Summe gefunden, so müssen beyde Theile sich einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen lassen, und der Schaden wird nach einem geometrischen Verhältniß auf alle repartirt. Man nennt diese Berechnung die Dispachen- oder Haverey-Rechnung[87]).

§. 889.

Art der Klage.

So lebhaft auch die Römer von der Billigkeit der Entschädigung im Falle eines durch Sturm veranlaßten Seewurfs überzeugt waren, so kennt dennoch das röm. Recht keine Klage aus dem Rhodischen Gesetz, welche deshalb gegen die Eigenthümer der geretteten Güter angestellt werden könnte. Denn mit ihnen haben die Eigenthümer der verloren gegangenen Güter nicht contrahirt. Es war auch keine Aehnlichkeit mit irgend einem andern Geschäft vorhanden, woher man die Klageformel hätte entlehnen können. Nach der Subtilität des röm. Rechts

87) Beyspiele von dieser Rechnung findet man in Polack Mathes. for. p. 64. seq. Joh. Ge. Estors Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprozesses 3. Theil herausgegeben von Volrad Burchardi. Frankfurt am Main 1756. S. 43. ff. Man sehe auch Lauterbach Colleg th. pr. Pand. h. t. §. 9. und Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. III. §. 1997. Falsch rechnet hingegen Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 15. S. Thibaut System des P. R. 2. Bd. §. 984. Not. h.

müssen daher letztere in Gemäßheit des Ausspruchs der *L.* 11. *D. de obligat. et act.* **Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt,** gegen den Vorsteher des Schiffs, und zwar wenn sie ihm ihre Waaren als Schiffsladung zum Transport verdungen haben, mit der **actio locati,** haben sie aber blos einen Platz im Schiff gemiethet, mit der **actio conducti,** oder wenn beydes ungewiß ist, mit der **actio in factum, s. praescriptis verbis** dahin klagen, daß dieser ihnen von den Eigenthümern der geretteten Sachen Entschädigung verschaffe. Der **magister navis** kann dann nach dem angegebenen Unterschied der Fälle gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen bald mit der **actio conducti,** bald **locati,** bald mit der **actio praescriptis verbis** auf ihren Beytrag zur allgemeinen Ausgleichung klagen. Haben diese ihm Waaren, als Schiffsladung, zum Transport verdungen, so kann er diese Güter auch zurückhalten, bis er den schuldigen Beytrag von ihnen erhalten hat. Dieses Retentionsrecht schließt aber die **actio conducti** von Seiten des **magister navis** eben so wenig aus, als die persönliche Klage deswegen gegen einen Schuldner ausgeschlossen wird, wenn der Gläubiger ein Pfand von ihm in Händen hat. Nur dann ist freylich kein Retentionsrecht denkbar, wenn Passagiere blos einen Platz im Schiff gemiethet haben, und diese Sachen bey sich führen, die zwar der Contribution unterworfen sind, aber keine Schiffsladung ausmachen, wie z. B. Perlen, Juwelen, Ringe u. dgl. Kostbarkeiten, welche das Schiff nicht belasten. Gegen diese kann der **magister navis** blos mit der **actio locati** auf ihren Beytrag klagen. So erklären sich dann ganz natürlich und ohne alle Emendation

nach Balduin[88]) folgende Gesetzstellen. *L.* 2. *pr. D. h. t.*[89]). Si laborante nave jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, *ex locato* cum magistro navis agere debent; is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, *ex conducto*, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. SERVIUS quidem respondit, ex locato agere (sc. dominos) cum magistro navis debere, ut caeterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Immo, *etsi retineat*[90]) *merces* magister, *ultro*[91]) ex

88) Commentar. ad Leg. Rhodiam, inter EIUS Commentarios ad Leges de iure civili pag. 142. sqq. edit. *Gundlingian.*

89) Diese Stelle ist aus PAULI *libro* 34. *ad Edictum* genommen, in welchem Buche dieser röm. Jurist über das Edict de locato et conducto commentirt hat, wie aus *L.* 1. 20. 22. *et* 24. *D. locati* erhellet. Da nun die actiones locati und conducti auf die Lex Rhodia angewendet wurden, so erklärt sich hieraus, warum die röm. Juristen bey diesen Klagen von der Lex Rhodia gehandelt haben.

90) *Etsi retineat* lieset die Florentinische Handschrift. Gleichwohl halten viele diese Leseart für unrichtig, und emendiren: *etsi non retineat.* So lesen auch wirklich einige codices vulgati; z. B. unser Erlanger Codex; und diese Leseart billigen Haloander in seiner Ausgabe der Pandecten, und schon längst vor ihm auch Hugo á Porta, unter den Auslegern aber vorzüglich Franz Duaren in Comm. ad h. Tit. cap. 2. *Oper.* pag. 971. Anton Schulting Thes. controv. Dec. LII. Th. 3. Pothier in Pand. Iustinian. h. t. Nr. IX. not. b. Vinnius ad Peckii Comment. ad rem nautic. in L. 2. h. t. *Van der* SCHELLING in Diatr. de Lege Rhodia Cap. XIII. §. 3. und andere mehr. Allein mit

locato habiturus est actionem cum vectoribus:

Recht verwerfen diese Emendation Cujaz Observation. Lib. III. cap. 2. Gerh. Noodt Commentar. ad Dig. h. t. pag. 332. Siegm. Reich. Jauch Meditat. crit. de negationib. Pandect. Florent. Cap. V. nr. 6. pag. 61. besonders aber Balduin c. l. und Petr. Duirsema Conjectural. iuris civ. Lib. I. cap. 6. pag. 104. sq.

91) Ueber die Bedeutung des Worts *ultro* sind hier auch die Ausleger nicht einig. Diejenigen, welche *non retineat* lesen wollen, suchen, dieser Emendation gemäß, dem Worte eine solche Bedeutung beyzulegen, daß es soviel heißen soll, als wenn etwas sine facto aliquo adventitio geschieht. Hier heiße es also soviel, als *etiam sine retentione*. S. Richter Tract. de significat. adverbiorum voc. *Ultro*. und Kirchmaier Opuscula de Latinitate Digestor. et Institut. Opusc. II. voc. *Ultro* pag. 63. edit. *Halens*. 1772. 8. Hingegen Cujaz a. a. O. erklärt es durch *prius*, und legt also folgenden Sinn in die Stelle: wenn gleich der magister navis die Sachen der Befrachter des Schiffs zurückhalte, so könne er dennoch sogleich, und ohne abzuwarten, bis sie noch das Ihrige zurückgefordert hätten, ex locato klagen, besonders gegen diejenigen, welche zwar Sachen bey sich hätten, von denen sie ihren Beytrag zur Entschädigung der übrigen geben müssen, übrigens aber doch das Schiff mit keiner Ladung befrachtet hätten. Dieser Erklärung stimmen auch Balduin a. a. O. S. 146. Noodt a. a. O. und *Barn*. Brissonius de Verbor. Significat. voc. *Ultro* bey. Allein richtiger erklärt es Duirsema a. a. O. §. 3. S. 104. durch *insuper*, *adhuc*, *amplius*. Paulus berichtiget nämlich hier die Meinung des Servius, welcher behauptete, die Eigenthümer der verloren gegangenen Güter könnten nur ex locato gegen den magister navis dahin klagen, daß er die Waaren der übrigen Befrachter so lange zurückhalte, bis sie ihren Beytrag zur Entschädigung gegeben hätten.

quid enim si vectores sint, qui nullas *sarcinas*[92]) habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas. *At si non*[93]), [*et*] *totam navem conduxerit*, *ex*

Allein Paulus zeigt vielmehr, daß der magister navis, wenn er auch die Waaren zurückhält, doch überdem noch klagen könne, weil ja Passagiere auf dem Schiffe sich befinden können, gegen die kein Retentionsrecht Statt findet, welche also der magister ex locato belangen müsse. Das Wort *ultro* kommt auch in dieser Bedeutung sowohl bey den Klassikern, als den röm. Juristen öfters vor. S. Virgilius *Lib. II. Aeneid.* v. 145. *L.* 25. *D. de liberat. leg.* verglichen mit *L.* 3. §. 3. *D. eodem.* S. Horat. Tursellinus de particulis linguae latinae. h. v.

92) *Sarcinae* sind hier Waaren, welche das Schiff belasten. S. Cujacius Observat. lib. III. c. 2.

93) Die Worte: *At si non* [et] *totam navem conduxerit*, haben den Auslegern ebenfalls viele Schwierigkeiten verursacht. Die Leseart in den Handschriften ist nämlich hier sehr verschieden. Selbst die Florentinische ist hier nicht richtig dargestellt. Denn in dieser fehlt das et, welches Taurell eingeschaltet haben soll. Daher ist es in Klammern eingeschlossen. Andere Handschriften haben dieses et gar nicht. Brenkmann bemerkt in der Gebauerischen Ausgabe, daß sieben Handschriften, welche er verglichen, das et nicht hätten. Sodann haben mehrere Handschriften statt *conduxerit*, *ex conducto aget*, den Pluralis, und lesen mit Hinweglassung des et auf folgende Art: *at si non totam navem conduxerint*, *ex conducto agent*, wie ebenfalls Brenkmann bemerkt. Auf diese Art emendirte auch Cujaz Observat. Lib. III. c. 2. den florentinischen Text, und erklärt nun die Worte in Verbindung mit den Anfangsworten dieser Stelle von dem zweyten Falle, da nämlich die Eigenthümer der verloren gegangenen Sachen ihre Waaren nicht als Schiffsladung zum Transport ver-

conducto aget: sicut vectores, qui loca in navem [94]) conduxerunt. — *L.* 1. §. 1. *D. de praescript. verbis.*

dungen, sondern blos das Schiff gemiethet haben. Hier könnten sie nur ex conducto gegen den magister navis klagen, wenn sie nicht das ganze Schiff, sondern blos einen Platz in demselben gemiethet haben. Denn hätten sie das ganze Schiff gemiethet, so fiele die Klage gegen den magister navis ganz weg, und sie würden nun selbst, wenn sie die Schiffsladung von den übrigen in Empfang genommen hätten, auch von diesen belangt werden können, soferne letztere durch Seewurf einen Schaden erlitten haben. Dieser Cujazianischen Erklärung geben auch Noodt in Comm. ad Dig. h. t. in fin pag. 333. Duirsema a. a. O. §. 4. S. 109. und Pothier in Pand. Iustin. h. t. Nr. IX. not. e. ihren Beyfall. Haloander hingegen lieset, und interpungirt die streitigen Worte auf folgende Art: *at si non: et totam navem conduxerit: ex conducto aget:* Nach dieser Leseart bezögen sich also die Worte nicht, wie Cujaz will, auf den Fall, welcher dem in den Anfangsworten angeführten gegenüber steht; sondern vielmehr auf das unmittelbar Vorhergehende, nämlich wenn keine Waaren auf dem Schiff vorhanden sind, woran der magister ein Retentionsrecht ausüben kann. Diese Erklärung hält Franz Balduin in Comment. de Lege Rhodia pag. 148. für die richtigste. Der Sinn geht also nach dieser Emendation dahin: Wenn keine Frachtgüter vorhanden sind, welche retinirt werden können; so kann derjenige, welcher das ganze Schiff gemiethet hat, im Falle eines durch Seewurf erlittenen Schadens, ex conducto auf Entschädigungsbeytrag gegen diejenigen selbst klagen, welchen diese Verbindlichkeit obliegt; so wie die Passagiere, welche nicht das ganze Schiff, sondern nur einen Platz in demselben gemiethet haben, ex conducto gegen den Vorsteher das Schiffs klagen müssen, wenn sie wegen des erlittenen Seewurfs Entschädigung verlangen. Denn derjenige, welcher das ganze Schiff gemiethet hat, ist

Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, *civilem actionem in factum* esse dandam, Labeo scribit. Eine gesetzliche Hypothek haftet jedoch wegen der Entschädigung nicht auf den geretteten Sachen, weshalb eine Realklage gegen den dritten Besitzer derselben angestellt werden könnte [95]). Ist

nun selbst als Vorsteher des Schiffs anzusehen. Nur er, sonst kein Anderer, kann daher die Eigenthümer der geretteten Sachen belangen, daß sie ihren Beytrag thun, weil sie mit keinem andern, als mit ihm selbst, contrahirt haben. Hat hingegen ein Passagier, dessen Waaren über Bord geworfen worden sind, nur einen Platz in dem Schiff gemiethet, so klagt er ex conducto gegen den magister navis, daß dieser ihm von den Eigenthümern der geretteten Sachen Entschädigung verschaffe, welcher sich dann der actio locati gegen die letztern bedient. Noch ist eine dritte Leseart zu bemerken, welche Baudoza hat, die so lautet: *aut si non: si totam navem conduxerant, ex conducto agent.* Mit dieser stimmt auch unser Erlanger Codex fast überein, nur daß hier nach den Worten: *aut si non* noch *sint* steht.

94) *In navem* lieset die Florentine. Alle andere Ausgaben haben in nave, und diese letztere Leseart billiget auch Brenkmann. Der Accusativ statt des Ablativs ist indessen auch bey den Klassikern nichts Seltenes. S. Ducker Opusc. de Latinitate ICtor. vet. p. 350.

95) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 11. Anderer Meinung sind zwar Wissenbach Exercitat. ad Pand. Disp. XXVIII. §. 8. und *van der* Schelling cit. Diatr. Cap. XIII. §. 2. in fin. Allein man sehe *Ant.* Schulting Thes. controvers. Dec. LII. Th. 9. und *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

der magister navis bereit, seine Klage gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen den Eigenthümern der verloren gegangenen Sachen zu cediren, so kann er sich dadurch von allen weitern Ansprüchen der letztern frey machen[96]), denn für die Zahlungsfähigkeit der Passagiers darf er ja ohnehin nicht haften[97]). Allein nach dem heutigen Recht gestattet man, ohne jenen Umweg, den die Eigenthümer der verlornen Güter nach dem röm. Rechte nehmen mußten, eine *condictio ex Lege Rhodia* gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen auf verhältnißmäßige Entschädigung[98]). Der Mangel einer Klageformel, welcher nach dem röm. Rechte jenen Umweg veranlaßte, kann uns heut zu Tage nicht mehr in Verlegenheit setzen, weil es nach den Vorschriften des kanonischen Rechts[99]) nur darauf ankommen soll, ob in dem vorkommenden Falle überhaupt ein Klagerecht begründet sey[100]). Daher wird auch eine bloße Imploration des richterlichen Amts schon

96) Arg. *L.* 51. *D. de peculio in fin.* VOET c. l. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. c. l. Th. 2. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 10. in fin.

97) *L.* 2. §. 6. *D. h. t.*

98) S. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVI. §. 25. *I. H.* BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 8. §. 112. Joh. Ludw. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1433. Man sehe jedoch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 7. not. m.

99) *Cap.* 6. *X. de iudic.*

100) S. Claproths Einleitung in den ord. bürgerl. Prozeß 1. Th. §. 1. Not. b. und SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 5.

für hinreichend gehalten[1]). Dem allen ungeachtet bleibt doch auf jeden Fall der **magister navis** für die Waaren auf dem Schiffe verantwortlich, und darf sie daher nicht eher verabfolgen lassen, als bis die Havereyfälle berichtiget sind, sonst muß er den Eigenthümern der verloren gegangenen Sachen für den Schaden stehen. Es hat in dieser Hinsicht auch keinen Zweifel, daß die geretteten Schiffsgüter mit Arrest belegt werden können[2]).

§. 890.

Heutige Ausdehnung des Rhodischen Gesetzes auf Feuersbrünste und Kriegsschäden.

Man wendet heut zu Tage die Grundsätze des Rhodischen Gesetzes analogisch noch auf manche andere Fälle an, wo ein Bürger durch Aufopferung des Seinigen eine mehreren zugleich drohende Gefahr abgewendet hat[3]). Am gewöhnlichsten ist es, die Vorschriften jenes Gesetzes auf Kriegsschäden[4]) und Feuersbrünste[5]), wenn näm-

1) S. STRYCK Us. mod. Pand. h. t. §. 8.

2) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. und WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 7. et 8. pag. 553.

3) S. LAUTERBACH Diss de aequitate et extensione Legis Rhodiae. *Tübingae* 1671. STRYCK Us. mod. Pand. h. t. §. 12. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLX. med. 3.

4) S. Struben rechtl. Bedenken. 1. Th. Bed. 45. und 3. Th. Bed. 21. Pütters auserlesene Rechtsfälle 2. B. 4. Th. Resp. 241. Carl Gottfr. von Winkler Abh. von Kriegsschäden der Pächter und Miethleute. 2. Abschn. 9. Hauptst. Nr. 6. ff. S. 499. ff. *Frid.* PLATNER Pr. super usu legis Rhodiae de iactu in bello terrestri. *Lipsiae*. 1762. u. a. m.

5) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. *van der* SCHE-

lich, um die Ausbreitung der Flamme zu hemmen, gewisse Gebäude niedergerissen werden, auszudehnen. Allein daß in diesen Fällen weder eine Gleichheit des Grundes anzutreffen sey, noch auch der Maasstab, welchen die Lex Rhodia annimmt, in denselben zum Muster genommen werden könne, ist schon von ältern und neuern Rechtsgelehrten ganz klar erwiesen worden[6]). Man hat nun richtigere Grundsätze aufgestellt, welche uns der Nothwendigkeit überheben, die Gründe der Entscheidung in solchen Fällen aus der Vorschrift des Rhodischen Gesetzes zu erborgen[7]). Ueberhaupt darf man, wenn man hier

LING cit. Diatr. Cap. XIV. §. 2. sqq. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 7. et 8. pag. 553. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. III. §. 1999.

6) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquiliam. Lib. I. cap. 2. Sect. 6. nr. 22. sqq. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficil. Exercit. XII. Th. 21. p. 306. sq. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts §. 18. S. 81. f. Weber über die Repartition der Kriegsschäden. Würzburg 1798. §. 10. ff. und eines Ungenannten Abh. über den neuesten Standpunct und das Princip der jurid. Lehre vom Ersatz der Kriegsschäden. 1806. S. 18. ff.

7) Außer den in der vorigen Note bereits angeführten beyden Schriften Webers und des Ungenannten sind noch zu bemerken Franz Jos. Bodmanns Erörterung der Grundsätze, wornach die Kriegsschäden jeder Art festzustellen, zu erstatten, und zu peräquiren sind. Frankf. a. Main 1798. 8. Haus über Ersatz und Vertheilung der Kriegsschäden. Nürnberg 1801. und Hatzfeld Prüfung der Grundsätze, welche über Peräquation der Kriegslasten bisher sind aufgestellt worden. Frankf. a. M. 1801. 8.

nicht willkührlich verfahren will, nie über das Princip hinausgehen, wer durch Aufopferung des Seinigen wirklich einen auszumittelnden Schaden von Andern abgewandt hat, kann insofern, als er dem Andern nützte, Entschädigung verlangen. Der Umstand allein, daß ihn ein Unglück traf, welches auch einen Andern hätte treffen können, ist unläugbar noch nicht hinreichend, die Entschädigungsklage zu begründen [8]).

8) S. Thibaut Syst. des P. R. 2. Th. §. 985.

Lib. XIV. Tit. III.

De institoria actione.

§. 891.

Wer heißt Institor? wer Praeponens? Aus welchem Grunde wird letzter aus den Geschäften des erstern verbindlich? Begriff der *actio institoria*.

Zum Besten des gemeinen Handels und Verkehrs ward auch II. vom Prätor die *actio institoria*[1]) eingeführt, welche bey dem Handel auf dem festen Lande Statt hat. Man sagt gewöhnlich, sie sey nach dem Beyspiel der *actio exerci-*

1) Als Commentare über diese Lehre sind folgende Schriften zu bemerken. *Franc.* DUARENUS in Tit. 25. Lib. IV. Cod. et Tit. 3. Lib. XIV. Pandectar. de institoria actione. in *Operib.* pag. 973. sqq. *Franc.* RAMOS DEL MANZANO ad Tit. Pand. de institoria actione Commentar. adversarius (in *Ger.* MEERMANN. *novo Thes. iuris civ. et canon.* Tom. VII. p. 19. sqq.) *Io. Christph.* MARCI de obligatione institorum sive factorum, an et quatenus illi ex contractibus nomine dominorum celebratis in sua persona et bonis propriis teneantur. *Argentor.* 1644. *Hulder. ab* EYBEN de constitutione et iuribus factorum seu institorum. Diss. I. et II. *Giessae* 1661. in Desselben *Scriptis* P. II. N. 6. et 7. pag. 260. ff. *Amad.* ECKOLT Diss. de actione institoria. *Lipsiae* 1664. *Chr.* ADOLPHI de institoribus. *Altorfi* 1671. *Henr. Balth.* ROTH Spec. de commerciis institoriis. *Ienae* 1682. *Pet. Christ.* BEVERHUS D. de obligatione ex contractu institoris oriunda.

toria gebildet worden[2]). Für diese Meinung scheint auch die Ordnung zu sprechen, in welcher von diesen beyden Klagen in den Pandecten gehandelt wird, welche auch schon in dem edicto perpetuo die nämliche war. Dennoch scheint die erstere Klage vielmehr der letzteren zum Muster gedient zu haben, wie sich aus folgenden Gesetzstellen schließen läßt. Ulpian sagt nämlich *L.* 1. *pr. D. de exercit. act.* Utilitatem huius Edicti patere, nemo est, qui ignoret. Nam cum interdum ignari, cuius sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit, eum, qui magistrum navi imposuit, teneri; *ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro, quam institore.* Quippe res patitur, ut de conditione quis institoris dispiciat, et sic contrahat; in navis magistro non ita: nam interdum locus, tempus non patitur plenius deliberandi consilium. Noch deutlicher aber lehren dieses die Kaiser Diocletian und Maximian *L.* 4. *Cod. de instit. et exercit act.* wo es heißt: Et si a muliere magister navi praepositus fuerit, ex contractibus eius exercitoria actione, *ad similitudinem institoriae*, tenetur. Es läßt sich indessen immer noch da-

Ultrajecti 1712. *Christ. Wilh.* Schweitzer Disp. de firma mercatorum. *Lipsiae* 1803. *Christ. Aug.* Michaelis Disp. de lege praepositionis. *Lipsiae* 1804. und Carl Aug. Tittmann von der Statthaftigkeit der Institutorischen Klage bey Uebertretungen der Gewerbsvorschrift. Dresden 1805. 8.

2) S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. tit. init. *Operum.* T. II. pag. 333. Allein man vergleiche *Hug.* Donelli Commentar. ad Tit. Cod. de institor. et exercitor. act. nr. 25. p. 147.

gegen einwenden, daß auch wieder in andern Stellen gesagt wird, es sey bey der actio institoria. Manches *exemplo exercitoriae actionis* eingeführt. Man vergleiche z. B. *L.* 7. §. 1. *L.* 13. §. 2. *D. h. t.* Soviel ist jedoch gewiß, daß beyde Klagen in den meisten Stücken mit einander übereinkommen. Merkwürdig aber ist es, daß die Exercitorische Klage ihren Namen von der Person des Beklagten, die Institorische aber von demjenigen erhalten hat, aus dessen Contract sie entspringt [3]. Warum man diese weit natürlichere Ableitung bey der Exercitorischen Klage verließ, daran war wohl der Genius der lateinischen Sprache schuld, mit welchem sich der Name *actio magistralis* nicht wohl vertrug [4]). *Institor* wird nun derjenige genannt, welcher einem Gewerbe, es sey eine Kaufmannshandlung, oder Buchhandlung, oder Apotheke oder Gastwirthschaft u. dgl. vorgesetzt ist, um solches im Namen des Principals zu betreiben [5]). Ein Factor, Handlungsvorsteher, Gewerbsverwalter, in den Apotheken Provisor. Der Handlungsprincipal, oder Gewerbsherr hingegen wird *Praeponens* genannt. Ulpian sagt *L.* 3. *D. h. t.* Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet: nec multum facit, tabernae sit praepositus, an cuilibet alii negotiationi. In den Basiliken [6]) wird er *Προεστώς* genannt. Ob ihm zur Führung der Handelsgeschäfte ein eigener Platz, oder Laden ange-

3) §. 2. *I. Quod cum eo, qui in aliena potest. est.*

4) S. Donellus c. l. nr. 13.

5) S. Ramos del Manzano cit. loc. Cap. I. Eyben Diss. I. de Factoribus. Cap. 2.

6) Tom. II. Lib. XVIII. Tit. I. pag. 341. sqq.

wiesen ist, oder nicht, ist gleichviel. Auch die für ihren Herrn die Waaren zum Verkauf herumtragen, und sie, wie oft bey fremden Kaufleuten geschiehet, in den Häusern zum Verkauf anbieten, sind *Institores*, wie folgende Gesetzstellen lehren. *L.* 4. *D. h. t.* **Cum interdum etiam ad homines honestos adferant merces, et ibi vendant. Nec mutat causam actionis locus vendendi emendive: cum utroque modo verum sit, institorem emisse aut vendidisse.** *L.* 5. *D. eodem.* **Cuicunque igitur negotio praepositus sit,** *institor* **recté appellabitur. §. 1. Nam et Servius** *libro primo ad Brutum* **ait, si quid cum insulario gestum sit; vel eo, quem quis aedificio praeposuit, vel frumento coemendo, in solidum eum teneri. §. 4. Sed etiam eos** *institores* **dicendus placuit, quibus vestiarii vel lintearii dant vestem circumferendam, et distrahendam, quos vulgo** *circitores* **appellamus.** Besonders *L.* 18. *D. eodem*, wo Paulus sagt: *Institor* **est, qui** *tabernae*, *locove*, **ad emendum vendendumve praeponitur, quique** *sine loco* **ad eundem actum praeponitur.** Um also einen *Institor* von einem bloßen Procurator oder Bevollmächtigten zu unterscheiden, erfordert man, daß ihm nicht blos die Besorgung eines einzelnen Geschäfts, sondern einer ganzen Reihe von Geschäften, die ein gewisses Gewerbe betreffen, aufgetragen worden sey [7]). Jedoch pflegt man denjenigen, dem nur

7) S. Leyseri Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXI. medit. 6. et 7. Boehmeri Introd. in ius Dig. h. t. §. 2. Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 108. S. 375. Günther Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 1127. Not. a. Hugo Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts. §. 101. (Berlin 1810.)

ein einzelnes Handelsgeschäft ist aufgetragen worden, einen *quasi institor*, und die Klage gegen seinen Principal *actio quasi institoria* zu nennen. Der Unterschied ist also, wie schon Ludovici[8]) bemerkt hat, nicht erheblich. Wer jedoch nicht zur Direction der Handlung selbst, sondern blos zur Expedition der Comtoir-Geschäfte bestellt ist, hat nicht die Rechte eines Factors, sondern wird Buchhalter genannt[9]). Jedoch werden zuweilen diese Benennungen als gleichbedeutend genommen[10]). Ob übrigens der Factor eine Manns- oder Frauensperson ist, ob er ferner in der väterlichen Gewalt ist, oder nicht, ob er großjährig, oder minderjährig ist, ist gleichviel[11]). Eben dieß gilt auch in Ansehung des Principals, oder des Praeponens. Jedoch mit dem Unterschiede, daß ein unmündiger Factor seinen Principal unbedingt verpflichtet[12]). Ist hingegen der Präponent noch unmündig, so ist die Anstellung des Institors entweder mit Zuziehung des Vormundes geschehen oder nicht. Im ersten Fall wird er aus den Handlungen seines Factors verbindlich, in dem andern aber nicht, außer in sofern er dadurch reicher geworden ist[13]). Ein minderjähriger Präponent kann sich jedoch der Rechte seines

8) Us. pract. Distinction. iuridicar. h. t. Dist. 2.

9) Ge. Fried. von Martens Grundriß des Handelsrechts. (Göttingen 1798.) §. 28. u. 29. Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 875.

10) Eyben Diss. I. de Factoribus. Cap. 2. nr. V.

11) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.*

12) *L.* 7. §. 2. *et L.* 8. *D. eodem.* Ramos *del* Manzano cit. Comm. Cap. I. §. 36.

13) *L.* 9. *et* 10. *D. h. t.*

Alters bedienen[14]). Die Anstellung eines Factors (praepositio) geschieht gewöhnlich mittelst einer schriftlichen Vollmacht, welche Procura genannt wird. Diese muß nicht allein den Kaufleuten des Orts, sondern auch den auswärtigen Handelsfreunden gehörig bekannt gemacht werden[15]). Denn sie bestimmt den Umfang seiner Befugnisse. Nicht jede Handlung des Factors verpflichtet daher den Handlungsherrn, sondern es muß ein Geschäft seyn, welchem er vorgesetzt ist[16]). Wer also mit einem Gewerbsverwalter contrahirt, hat nur dann gegen desselben Principal eine Klage, wenn der Gegenstand des Vertrags eine Gewerbssache betrifft[17]). Dieses Erforderniß ist hinreichend, wenn der Präponent dem Factor keine besondere Anweisung über die Art und Weise der Gewerbsverwaltung (lex praepositionis) gegeben hat. Denn ist der Factor der ganzen Handlung vorgesetzt, so erstreckt sich seine Vollmacht über alle bey derselben vorkommenden Geschäfte, ohne daß diese einzeln angeführt zu werden brauchen[18]). Wenn aber eine besondere Gewerbsvorschrift gegeben worden ist, so muß der Vertrag mit dem Institor in Gemäßheit derselben geschlossen worden seyn, wenn er für den Präpo-

14) *L.* 11. §. 1. *D. eodem.*

15) S. Martens a. a. O. §. 28. und Lud. Christph. Carl Beillodter Entwurf eines allgemeinen Handelsrechts. Frankf. am Main 1799. Kap. 19. §. 3. ff.

16) *L.* 5. §. 11. *et* 12. *D. eodem.* Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

17) *L.* 3. *C. h. t.* Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19. et 21. *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. LIII. Th. 3.

18) S. Eyben Diss. I. de factoribus. Cap. 10. nr. IV. — VIII. und Beillodter a. a. O. §. 9. S. 184.

nenten verbindlich seyn soll. Hierauf geht, was Ulpian sagt *L.* 11. §. 5. *D. h. t.* Conditio autem praepositionis servanda est: quid enim si certa lege, vel interventu cuiusdam personae, vel sub pignore voluit cum eo contrahi, vel ad certam rem? Aequissimum erit id servari, in quo praepositus est. Es wird nur aber freylich erfordert, daß der Handelsherr in dem Falle, da sein Factor nicht alles das thun darf, was sonst in der Natur des ihm übertragenen Gewerbs liegt, die Schranken der Procura, welche die Gewerbsvorschrift enthält, gehörig bekannt gemacht habe[19]). Was dann der Factor gegen diese Vorschrift unternahm, ist für den Gewerbsherrn unverbindlich, wofern er solches nicht genehmigt[20]), oder derselbe sonst ex re verbunden ist[21]). Auch dieses bestätiget Ulpian ausdrücklich, wenn er *L.* 5. §. 12. *D. h. t.* sagt: Sed neque si ad emendum, et ille vendiderit, neque si ad vendendum, et ille emerit, debebit teneri. Die Verbindlichkeit des Gewerbsherrn beruhet hier überhaupt auf dem allgemeinen Rechtssatz, daß der Machtgeber für die vermöge des Auftrags geschehenen Handlungen seines Bevollmächtigten verbindlich ist, und der Gewerbsherr, weil er den Factor in seinem Namen und zu seinem Vortheil handeln läßt, stillschweigend in die Folgen dieses Handels einwilliget[22]). Eben diesen Grund

19) *L.* 11. §. 3. *D. h. t.* u. §. 5. gibt den Grund an: Neque enim decipi debent contrahentes. Man sehe hier vorzüglich die oben Not. 1. angef. Tittmannsche Schrift S. 5. ff.

20) *L.* 7. *pr. D. h. t.*

21) S. von Martens Grundriß des Handelsrechts §. 28.

22) *L.* 149. *D. de div. reg. iur.* Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet. S. *ab* Eyben Diss. I. Cap. 3. nr VIII. u. Tittmann in der angef. Abhandl. S. 6.

gibt auch Ulpian selbst an, wenn er *L.* 1. *pr. D. h. t.* sagt: Aequum Praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligare nos ex contractibus ipsorum et conveniri; und in der *L.* 11. §. 2. sagt er geradezu: caeterum, qui praeposuit, tenetur *ipsa praepositione.* Die Klage, welche gegen den Handelsherrn[23]), mit dessen Factor Jemand in Gewerbssachen, denen er vorgesetzt ist, einen Vertrag geschlossen hat, auf Erfüllung desselben angestellet wird, heißt die Institorische Klage. Justinian sagt §. 2. *I. Quod cum eo, qui in aliena potestate est*: Institoria tunc habet locum, cum quis tabernae forte, aut cuilibet negotiationi servum suum praeposuerit, et quid cum eo eius rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit. Ideo autem *institoria* appellatur, quia, qui negotiationibus praeponuntur, *institores* vocantur.

§. 892.

Inwiefern wird der Handelsherr aus einem Geldanlehn, oder einer unerlaubten Handlung seines Factors verbindlich.

Ob der Factor für Rechnung seines Principals Gelder aufnehmen könne? ist zunächst aus seiner Procura zu beurtheilen. Ist ihm darin namentlich die Erlaubniß dazu ertheilt worden, so darf man ihm sicher creditiren, und es kann auch in diesem Falle dem Gläubiger nicht einmal der Beweis einer nützlichen Verwendung aufgebürdet wer-

23) Es muß nur kein Anderer die Verbindlichkeit durch Novation übernommen haben. Meminisse autem oportebit, sagt Ulpian *L.* 13. §. 1. *D. h. t.* institoria dominum ita demum teneri, *si non novaverit quis eam obligationem*, vel ab institore, vel ab alio, novandi animo, stipulando.

den[24]). Dahingegen fällt die Klage gegen den Handelsherrn weg, wenn der Factor gegen das ausdrückliche Verbot desselben Geld aufnahm, und nur er allein ist dem Gläubiger dafür verantwortlich[25]). Enthält die Procura hierüber nichts Bestimmtes, so wird der Handelsherr aus einem gemachten Geldanlehen seines Factors anders nicht verbindlich, als wenn entweder das Handelsgeschäft seiner Natur nach nicht ohne Geldverkehr geführt werden kann, oder die Gelder sonst zum Besten des zu führenden Gewerbes nothwendig aufgenommen werden mußten[26]). Denn hier läßt sich eine stillschweigende Einwilligung des Gewerbsherrn nicht ohne Grund annehmen, es hat auch der Gläubiger, außer der Nothwendigkeit des geschehenen Vorschusses, die wirklich erfolgte zweckmäßige Verwendung des Geldes zu beweisen nicht nöthig. Folgende Gesetzstellen werden uns hierüber vollständig belehren.

24) *L.* 1. *Cod. h. t.* Servus tuus pecuniam mutuam accipiendo, ita demum te institoria actione obligabit, si cum eum officio alicui, vel negotiationi exercendae praeponeres, *etiam ut id faceret, ei permissum a te probetur.* Quodsi haec actio locum non habeat: si quid in rem tuam versum probabitur, actione in eam rem proposita, cogeris exsolvere. Add. *L.* 5. *Cod. eodem.* S. Eyben Diss. II. de factoribus Cap. 3. nr. VIII. pag. 293.

25) *L.* 5. §. 13. *in fin. D. eodem.*

26) *Ramos del* Manzano Commentar. ad h. Tit. Cap. I. §. 17. sqq. *Hug.* Donellus in Comm. ad h. Tit. nr. 17. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXX. medit. 6. et Vol. III. Specim. CLXI. medit. 5. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 59.

L. 5. §. 13. *D. h. t.* Sed si pecuniam quis crediderit institori, *ad emendas merces* praeposito, locus est *institoriae.* Idemque et si *ad pensionem pro taberna exsolvendam:* quod ita verum puto, *nisi prohibitus fuerit mutuari.*

L. 7. §. 11. *D. de SCto Macedon.* Interdum tamen, etsi Senatusconsulto locus sit, tamen in alium datur actio: utputa, filiusfamilias institor mutuam pecuniam accepit. Scribit enim IULIANUS *Lib.* 12. ipsum quidem institorem exceptione Senatusconsulti usurum, si conveniatur, sed *institoriam actionem* adversus eum, qui praeposuit, competere: quamquam, inquit, si ipse pater eum praeposuisset merci suae, vel peculiarem[27]) exercere passus esset, cessaret Senatusconsultum: *quoniam patris voluntate contractum videretur.* Nam si scit eum negotiari, *etiam hoc permisisse videtur,* si non nominatim prohibuit, merces accipere.

L. 13. *pr. D. h. t.* Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelatae; eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse, egit proposita actione[28]): *probare non potuit, mercis gratia eum accepisse.*

27) Baudoza lieset hier rem peculiarem. Unser Erlanger Pandecten-Codex hat peculiarem mercem. Allem Ansehen nach ist hier wohl vermittelst einer in den Florentinischen Pandecten nicht ungewöhnlichen Gemination *peculiarem rem* zu lesen, wie auch *Ios.* NERIUS Analector. Lib. I. cap. 1. in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 329. dafür hält.

28) *Proposita actione* heißt hier soviel als actione institoria directa. Denn diese Klage hatte Statt, wenn der Institor Geld

Licet consumta est actio [29]), nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen IULIANUS *utilem* [30]) ei *actionem* competere ait.

zum nöthigen Ankauf der Waaren aufgenommen hatte, wenn ihm gleich dazu keine ausdrückliche Ordre war ertheilt worden. Diese Klage wird hier darum *actio proposita* genannt, quoniam eius formula, wie RAMOS DEL MANZANO c. l. C. 1. §. 21. sagt, in Albo sive Edicto Praetoris publice proposita extabat, ut et aliae solemnes formulae. *L.* 1. *D. de edendo. L.* 1. *Cod. de Interdict. L.* 1. *Cod. de lib. exhib.* S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Proponere.*

29) Dieß ist ein bloßer Zweifelsgrund. Der Sinn dieser Worte ist nämlich der: Es könnte zwar dem ersten Ansehen nach scheinen, als ob nun alles Klagerecht des Gläubigers wegen der ihm entgegenstehenden exceptio rei iudicatae verloren sey, weil der Herr ein für allemal von der actio institoria war entbunden worden, welche der Gläubiger wegen des dem Factor gegebenen Anlehns gegen denselben angestellt hatte. S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLIV. Tit. 2. Nr. XVIII. not. h. pag. 257.

30) Die hier erwähnte *actio institoria utilis* hat nämlich Statt, wenn Jemand blos den Auftrag gegeben hat, ein Geldanlehn für ihn aufzunehmen, wie aus *L.* 19. *pr. D. h. t.* und *L.* 5. *Cod. eodem* erhellet. Es fragte sich also, ob dieser Klage nicht die exceptio rei iudicatae entgegengesetzt werden könnte, weil der Prozeß mit der actio directa, wegen Mangels des erforderlichen Beweises, verloren worden war? Alles kam hier darauf an, ob dieselbe Streitfrage, von welcher jetzt die Rede ist, schon in dem vorigen Prozeß war entschieden worden. *L.* 3. *D. de except. rei iudic.* Dieß längnete mit Recht Julian, welcher dem Gläubiger noch die *actio utilis ad exemplum institoriae* gestattet. Denn in dem ersten Prozeß war die

L. 19. §. 2. *D. eodem.* Tabernae praepositus a patre filius, *mercium causa mutuam pecuniam accepit*: pro eo pater fideiussit: etiam *institoria* ab eo petetur, cum acceptae pecuniae speciem fideiubendo negotio tabernae miscuerit [31]).

L. 7. §. 2. *D. de exercitor. act.* Eadem fere dicenda ait, et si de *institoria actione* quaeratur. Nam tunc quoque creditorem scire debere, necessariam esse mercis comparationem, cui emendae servus sit praepositus: *et sufficere, si in hoc crediderit*; non etiam illud exi-

Frage, ob der Factor das Geld zum nöthigen Ankauf der Waaren erhalten hätte? und dieß konnte der Gläubiger nicht beweisen. In dem zweyten Prozeß aber ist blos die Streitfrage zu entscheiden, ob der Agent des Beklagten das Anlehn, dem erhaltenen Auftrage gemäß, wirklich empfangen habe? S. Pothier cit. loc. not. i. und *del* Manzano cit. loc. §. 22. p. 26. Ganz unrichtig hat dieses Fragment Duarenus in Comment. ad h. Tit. cap. VI. pag. 977. erklärt.

31) Der Sinn dieser Worte ist: Durch die Fidejussion werde die Verbindlichkeit, wegen welcher der Vater, als Präponent, mit der actio institoria haftet, nicht geändert, sondern es trete noch eine neue zur Sicherheit des Gläubigers hinzu, wodurch die actio institoria noch wirksamer gemacht wird. Denn hätte der Vater nicht für den Sohn fidejubirt, so hätte doch dem Gläubiger noch erst der Beweis obgelegen, daß das Geldanlehn zum Ankauf der Waaren nothwendig war. Dieses gewiß nicht leichten Beweises ist aber der Gläubiger nunmehr überhoben, weil der Vater durch Verbürgung des Anlehns dessen Nothwendigkeit anerkannt hat. S. Ramos c. l. Cap. I. §. 18. pag. 25. und Pothier Pand. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XXI. not. d. pag. 408.

gendum, ut ipse curam suscipiat, an in hanc rem pecunia eroganda est.

Daß der Handelsherr aus den Contracten seines Factors verbindlich wird, läßt sich nun zwar aus dem vom Ulpian *L.* 1. *h. t.* angeführten Grunde sehr gut erklären. Allein es entsteht die Frage, ob und in wiefern der Gewerbsherr auch aus den unerlaubten Handlungen seines Factors verantwortlich sey. Cocceji[32]) läugnet, daß wegen solcher Handlungen die actio institoria gegen den Präponenten Statt finde. Sein Grund ist, weil hierauf das Mandat nicht gehe. Der Factor handle also hier außer den Gränzen seines Auftrags. Eben dieser Meinung ist auch Berger[33]). Allein mehrere Gesetzstellen in diesem Titel lassen uns nicht daran zweifeln daß der Präponent selbst wegen der unerlaubten Handlungen seines Factors hafte, insofern er sie bey der Ausübung seines Amts beging[34]). Die Klage wird hier *actio quasi institoria* genannt, mit welcher die actio ex delicto concurrirt. Die hierher gehörigen Gesetzstellen sind:

L. 5. §. 8. *D. h. t.* Idem (sc. *Labeo*) ait, si *libitinarius*[35]), quos Graeci νεκροθαπτας[36]) vocant, servum

32) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

33) Resolut. legum obstant. h. t. Qu. 5.

34) Hierin stimmen überein Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *Ant.* Faber Rational. in L. 5. §. 8. D. h. t. Ramos del Manzano cit. Comm. Cap. I. §. 11. et 12. pag. 23. sqq. Emminghaus ad *Coccejum* h. t. Qu. 4. not. u. von Martens Grundriß des Handelsrechts §. 28. u. a. m.

35) *Libitinarius* wurde bey den Römern derjenige genannt, welcher die Leichenbegängnisse zu besorgen und zu veranstalten hatte.

pollinctorem[37]) habuerit, isque mortuum spoliaverit,

Funerum curator. Der Name stammt von der Göttin *Libitina* her, welcher, wie uns Plutarch lehrt, schon von den Zeiten des Königs Numa an ein Tempel geweihet war, in welchem alles, was zum Begräbniß gehörte, gekauft, oder gemiethet wurde. Mit dieser Leichenbesorgung wurde ein eigenes Gewerbe getrieben, welches man *libitinam exercere* nannte. Eine merkwürdige Stelle findet man hierüber bey Valerius Maximus Lib. V. c. 2. Ex. 10. wo es heißt: *M. Cornuto Praetore funus Hirtii et Pansae iussu Senatus locante, qui tunc Libitinam exercebant, cum rerum suarum usum, tum ministerium suum gratuitum polliciti sunt; quia hi pro republica dimicantes occiderant. Perseverantique postulatione extuderunt, ut exequiarum apparatus sestertio nummo ipsis praebentibus addiceretur. Quorum laudem abiecta lege conditio auget magis, quam extenuat: quoniam quidem quaestum contemserunt, nulli alii rei, quam quaestui viventes.* Auf dieses Gewerbe bezieht sich auch die Stelle des Horaz Lib. II. Sat. 6. v. 19. wo er sagt: *Autumnusque gravis Libitinae quaestus acerbae.* Diese Libitinarien hielten sich in dem Tempel der Libitina auf, wo über die Verstorbenen eine eigene Liste gehalten wurde, so wie in dem Tempel der Juno Lucina über die Gebornen. Sueton. *in Neron.* c. 39. und Dionys Halicarn. *Antiquit.* Lib. IV. Der Römer überließ nun einem solchen Libitinar die Besorgung des ganzen Leichenbegängnisses, und contrahirte mit ihm über den Kostenbetrag, welches man *funus locare* nannte. Seneca Epist. 99. Plinius Lib. VI. cap. 52. Man vergleiche vorzüglich *Io.* Kirchmann de funerib. Romanor. Lib. I. cap. 9. *Iac.* Gutherius de iure manium Lib. I. cap. 15. Ramos del Manzano cit. Comm. Cap. I. §. 8. und Foppius *ab* Aezema Dissertation. iuris civ. Lib. I. cap. 17. in *Thes. Meerm.* T. VI. pag. 516.

36) *Guil.* Budaeus in Annotat. prior. et poster. in Pand. h. t. ad L. 5. cit. p. 136. (*Lutetiae* 1556.) glaubt, man müsse

dandam in eum *quasi institoriam actionem*[38]): quamvis et *furti* et *iniuriarum actio* competeret[39]).

L. 5. §. 9. *D. eodem*. Idem *Labeo* ait, si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta praesenti, *ut per dies singulos eis panem praestaret*, contur-

ταφέα lesen. Haloander hat κτεριστήν. Andere lesen ἐνταφιαστήν. Daß jedoch alle diese Benennungen richtig und gleichbedeutend sind, hat auch Hesychius und Julius Pollux *Io.* Brodaeus lib. IV. Varior. gezeigt. Die *Basilica* Tom. II. pag. 342. haben den Ausdruck νεκροθάπτης.

37) *Pollinctores* waren Gehülfen der Libitinarien. Ihr Geschäft bestand vorzüglich darin, den Leichnam abzuwaschen und zu salben, von pollincere. Ueber die Etymologie ist man jedoch nicht einverstanden. *Guil.* Budaeus a. a. O. versteht unter dieser Benennung überhaupt Leichenbesorger. Man sehe jedoch *Iac.* Hutherius c. l. pag. 91. (edit. *Lips.* 1671. 8.) Kirchmann c. l. pag. 48. Ramos c. l. §. 9. Unrichtig liefet hier unser Erlanger Codex *pollicitatorem*.

38) Die Klage wird darum quasi institoria genannt, weil die actio institoria nach *L.* 1. *D. h. t.* nur eigentlich aus Contracten des Factors gegen den Handelsherrn gebraucht werden kann. S. *Ant.* Faber Rational. in h. L. Hierzu kommt aber noch ein anderer Grund, nämlich weil der pollinctor auch kein eigentlicher Institor war, wie Ramos c. l. Cap. 1. §. 10. bemerkt.

39) Diese Klagen konnten zwar in dem Falle, wovon das Gesetz spricht, gegen den Herrn blos noxaliter angestellt werden. Ist aber der institor ein freier Mensch, so finden sie gegen ihn selbst Statt. S. Faber c. l. und Ramos c. l. §. 11.

haverit[40]), dubitari non oportet, quin, si permisit ei ita dari summas, teneri debeat.

Man wende nicht ein, es sey hier blos von solchen Institoren die Rede, welche in der Gewalt ihres Principals sich befanden, und aus deren unerlaubten Handlungen der Herr schon ohnedem mit der Noxalklage haftete. Denn man erwäge, was Ulpian sagt *L.* 11. §. 4. *D. h. t.* Sed si *ipse institor* decipiendi mei causa detraxit, *dolus ipsius praeponenti nocere debet.* Dieser Satz ist ganz allgemein, und es kommt hier nicht auf das besondere Verhältniß an, in welchem der Institor zu dem Gewerbsherrn steht. Es bestätiget dieses auch Paulus, wenn er *L.* 5. §. 3. *D. de doli mali et metus except.* sagt: Actoris, qui exigendis pecuniis praepositus est, etiam posterior *dolus domino nocet.* Der Auftrag geht freylich auf solche un-

40) Es ist hier von dem Falle die Rede, da der Knecht eines Beckers, durch den sein Herr das Brod verkaufen ließ, sich das Geld von seinen Kunden für das Brod, was sie für jeden Tag erhalten sollten, hatte vorausbezahlen lassen, und hernach dasselbe durchgebracht hatte. *Conturbare* ist also hier soviel als pecuniam dissipare et decoquere, und wird eigentlich von Sklaven gebraucht, die in den ihnen anvertrauten Geschäften ihres Herrn nicht mit der Rechnung bestehen können. S. *Guil.* BUDAEUS in Annotat. ad Pand. h. L. p. 137. und BRISSONIUS de Verbor. Significat. hac voc. Mit Recht wird nun hier der Grund der Verantwortlichkeit des Herrn darin gesetzt, daß das Vergehen seines Knechts die causa praepositionis anging. Warum hatte er ihm erlaubt, sich das Geld von den Kunden vorausbezahlen zu lassen? S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. 5. §. 9. D. h. t. und RAMOS DEL MANZANO Comm. ad h. Tit. Cap. 1. §. 12.

erlaubte Handlungen nicht, wie Cocceji ganz richtig erinnert; allein es fällt doch dem Gewerbsherrn zur Last, daß er keinem treuern Menschen seine Geschäfte übertrug[41]). Selbst Verbrechen, die der Factor bey der Gewerbsverwaltung beging, muß daher der Präponent vertreten. Denn durch die Anstellung eines Factors gibt der Gewerbsherr jedem das stillschweigende Versprechen, alle die Handlungen seines Gewerbsverwalters, die er, als solcher, d. i. in Gewerbssachen unternimmt, eben so, als ob sie von ihm selbst geschehen wären, gelten zu lassen[42]). Nun sagt zwar Ulpian *L.* 1. *D. h. t.* der Präponent werde aus den Handlungen seines Factors verbindlich, weil er den Vortheil daraus zieht. Allein die Gesetze halten es auch für eben so billig, daß wer den Nutzen hat, sich auch die damit verknüpften Beschwerden müsse gefallen lassen[43]).

§. 893.

Kann der Institor einen Andern substituiren? Wie haften mehrere Präponenten? In wiefern kann der Contrahent gegen den Institor klagen? In wiefern der Präponent gegen den Contrahenten?

Man behauptet gewöhnlich[44]), die actio institoria unterscheide sich vorzüglich darin von der actio exercitoria, daß sie

41) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. Band §. 1402.

42) S. Theophili Paraphr. graec. ad §. 2. in fin. I. Quod cum eo, qui in aliena potest.

43) *L.* 10. *D. de div. reg. iuris.*

44) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. Ramos del Manzano Comm. cit. Cap. I. §. 39.

nur durch Handlungen des von dem Handelsherrn selbst bestellten Factors, nicht aber durch Handlungen desjenigen begründet werde, welchen sich der Factor, ohne besondere Erlaubniß seines Principals, substituirt hat. Ulpian glaubt man, habe dieses ganz klar ausgesprochen, wenn er *L.* 1. §. 5. *D. de exercitoria act.* sagt: *Magistrum* autem accipimus, non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: — *et facilius hoc in magistro, quam institore, admittendum propter utilitatem.* Denn das Wort *facilius* suspendire hier nicht sowohl, sondern drücke geradezu den Gegensatz aus. Fast auf eine ähnliche Art erkläre sich Papinian, wenn er *L.* 1. *princ. D. de pignor. et hypoth.* sagt: *difficilius* creditori actio dabitur; sed *facilior* erit possidenti retentio. In diesen Worten sey der absolute Satz enthalten, der Gläubiger habe keine Klage, sondern könne sich nur einer Retention bedienen. Diese Erklärung sucht man noch besonders durch den Grund zu bestärken, welcher L. 1. pr. D. de exerc. act. angeführt wird: Cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro, quam cum institore; *quippe res patitur, ut de conditione quis institoris dispiciat, et sic contrahat;* in navis magistro non ita. Man fügt endlich noch hinzu, daß zwar in den Gesetzen dieses Titels hin und wieder von solchen die Rede sey, die im Namen anderer Institoren bestellen können. Allein der Institoren selbst geschehe dabey keine Erwähnung. So

SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 42. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 1. §. 5. D. de exercit. act. *Io.* STRAUCH Dissertat ad univ. ius Iustin. Diss. XXII. §. 6. HEINECCIUS Elem. iuris civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 155. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 3. u. a. m.

sage z. B. Ulpian *L.* 5. §. *ult.* *D. h. t.* **Sed et si procurator meus, tutor, curator institorem praeposuerit, dicendum erit, veluti a me praeposito, dandam institoriam actionem.** Allein daß dennoch auch dem Factor die Befugniß, sich auch ohne besondere Erlaubniß einen andern zu substituiren, sofern es nämlich die Umstände erfordern, keinesweges versagt sey, und daß er es nur nicht, wie dem magister auch sogar in diesem Falle erlaubt ist, wider ein ausdrückliches Verbot thun dürfe, haben andere[45]), dem Geist der Gesetze entsprechender, gezeigt. Zwar ist es noch sehr zweifelhaft, ob die Stelle Ulpians *L.* 5. §. 17. *D. h. t.* **Si *ab alio* institor sit praepositus, is tamen decesserit, qui praeposuit, et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit;** worauf sich einige berufen, wirklich von einem Substituten des Factors zu verstehen sey. Denn auch davon abgesehen, daß die Leseart dieser Stelle verschieden ist[46]); so scheint hier vielmehr von einem solchen Falle die Rede zu seyn, wo derselbe Institor zweyen Herren diente,

45) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. Meier *Ενδοξων* Iustinian. Dec. V. cap. 5. §. 8. *ab* Eyben Diss. I. de factorib. Cap. 6. nr. 8. et Diss. II. Cap. 4. nr. X. et Cap. 6. nr. IV. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. XI. Specim. DCLXXVII. medit. 15. Walch Controv. iuris civ. Sect. III. Cap. VI. §. 17. pag. 680. sq. Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 876.

46) So z. B. befinden sich die Worte *ab alio* in der Haloandrischen Ausgabe nicht. Allein in der Florentinischen und *Vulgata* stehen sie. Daher ist auch wohl an ihrer Aechtheit nicht zu zweifeln, wenn sie gleich in den Gothofredischen Ausgaben eingeschlossen sind.

und der eine Herr, des andern Erbe geworden war. Natürlich war hier der Erbe auch aus denjenigen Contracten verbindlich, welche sein Factor, als Factor des verstorbenen, der Gewerbsvorschrift desselben gemäß, geschlossen hatte. So erklärt diese Stelle Schilter[47]), und, wie ich glaube, nicht unrichtig. Denn daß hier von keiner Substitution die Rede sey, lehren wenigstens die Basiliken[48]), in welchen die angeführte Stelle so lautet: *Εάν ὁ προβαλλόμενος τόν προεστῶτα τελευτήσῃ, καὶ ὁ κληρονόμος ἀυτῷ κέχρηται, ἐνέχεται.* **Si is, *qui institorem praeposuit* decesserit, *et heres eius eodem institore utatur*, tenetur.** Allein es ist auch gar nicht nöthig, jene Stelle zu Hülfe zu nehmen. Genug, daß dem Factor die Befugniß zu substituiren dadurch offenbar nicht benommen ist, wenn Ulpian *L.* 1. §. 5. *D. de exerc. act.* sagt, der **magister navis** könne sich in seiner Lage mehr Freiheit herausnehmen, als der Factor einer Handlung auf dem festen Lande, der immer eher Nachricht von seinem Herrn erhalten kann, als der auf dem Meere von Wind und Wellen herumgetriebene **magister navis.** Hierzu kommt, daß auch durch andere Gesetze das Substitutionsrecht desjenigen, dem die Verwaltung fremder Geschäfte übertragen worden ist, als Regel bestätiget wird[49]), und es ist kein hinreichender Grund vorhanden, beym Institor eine Ausnahme zu machen. Daß nach teutschen Sitten und dem heutigen Gerichtsgebrauche dem Factor die Substitution erlaubt, und die Klage auch

47) Cit. loc. pag. 208.

48) Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 1. Const. 5. §. 8. pag. 343.

49) *L.* 8. §. 3. *D. mandati. Cap. ult. de procurat. in 6to.* S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des röm. Rechts. 2. Bd. 6. Abh.

in diesem Falle gegen den Principal begründet sey, gibt auch selbst Schilter[50]) zu.

Darin kommt jedoch die actio institoria mit der actio exercitoria vollkommen überein, daß sie gegen mehrere Präponenten in solidum, gegen die Erben aber nur auf ihren Antheil gerichtet werden kann. Hat jedoch einer der Präponenten das Ganze bezahlt, so bleibt ihm gegen die übrigen der Regreß mit der actio pro socio oder communi dividundo offen. Die hierher gehörigen Stellen sind

L. 13. §. 2. *D. h. t.* **Si duo pluresve tabernam exerceant, et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur, an pro aequalibus: an pro portione mercis, an vero in solidum, IULIANUS quaerit? Et verius esse ait, *exemplo exercitorum*[51]), et de peculio actionis[52]), *in solidum* unumquemque conveniri posse; et quidquid is praestiterit, qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur.**

50) Cit. loc. §. 43. Man sehe auch Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 2.

51) Es ist also hier alles so, wie oben §. 879. bey der actio exercitoria vorgekommen ist.

52) Auch die actio de peculio ging gegen mehrere Herren auf das Ganze, ohne daß hier die Wohlthat der Theilung Statt hatte. *L.* 27. §. *ult. D. de pecul.* Es wird hier auch eben der Grund, wie bey der actio exercitoria, angegeben, nämlich: *Est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit.*

L. 14. *D. eodem.* Certe ubicunque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat, veluti si is, cuius servo creditum est, duobus heredibus institutis, ei servo libertatem dederit: *nam heredum quisque pro sua parte conveniendi sunt, quia cessat inter eos communi dividundo iudicium.*

Jedoch behaupten viele, daß heut zu Tage auch mehrere Gewerbsherren aus den Handlungen ihres Factors nur pro rata belangt werden könnten, oder ihnen wenigstens die Wohlthat der Theilung zu gestatten sey [53]).

Die Frage, inwiefern der Factor selbst belangt werden könne? ist hier eben so, wie bey der actio exercitoria [54]), zu beantworten. Ist der Factor ein freier Mensch und mündig, so kann er, wenn er auch eine Frauensperson [55]), oder noch in der väterlichen Gewalt des Präponenten ist [56]), so gut, wie sein Principal, belangt werden. Die Klage aber ist hier nicht die Institorische, sondern die aus dem verbindlichen Geschäft selbst, welches nämlich der Factor in dieser Eigenschaft unternahm, entspringende directe Klage [57]). Diese Klage geht auch nur dahin, daß

53) S. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XXVII. §. 44. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 22. STRYCK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. VINNIUS Comm. ad §. 2. I. Quod cum eo, qui in aliena potest. nr. 2.

54) S. oben §. 881.

55) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* Et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa.

56) *L.* 7. §. 11. *D. de SCto Maceden.*

57) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und *Frid. Es. a* PUFENDORF Animadversion. iuris Nr. LXIII. §. 2.

der Factor dem Gläubiger aus dem Vermögen seines Princi- pals Befriedigung verschaffe [58]). Daher kann die Klage gegen den Factor auch nur so lang Statt finden, als derselbe der Handlung vorsteht [59]). Denn hat seine Verwaltung ein Ende, so haftet er nur noch wegen seiner eigenen Handlun-

58) S. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 41. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. et 14. *ab* EYBEN Diss. II. de factorib. et nominatim de actionibus, quae dantur in praeponentem et factorem ipsum. Cap. 9. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t Qu. 3. und WALCH Controv. iuris civ. Sect. III. cap. 6. §. 16. pag. 679.

59) *L. ult. D. h. t.* Lucius Titius mensae nummulariae, quam exercebat, habuit libertum praepositum. Is Caio Seio cavit in haec verba: *Octavius Terminalis, rem agens Octavii Felicis, Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kalendas Maias.* Quaesitum est, Lucio Titio defuncto sine herede, bonis eius venditis, an ex epistola iure conveniri Terminalis possit? Respondit, nec iure his verbis obligatum, nec aequitatem conveniendi eum superesse; cum id institoris officio, ad fidem mensae protestandam, scripsisset. Dieses Responsum des Scävola enthält eigentlich einen doppelten Entscheidungsgrund. Denn 1) war die von dem Factor ausgestellte Versicherung: Domitius Felix habe an die Bank seines Herrn 1000 Denarien zu fordern, welche er ihm zur bestimmten Zeit auszahlen werde, als keine Intercession für seinen Principal anzusehen; 2) Der Herr war ohne Erben verstorben, und sein Vermögen, aus welchem doch nur die Zahlung zu erheben gewesen wäre, verkauft worden. Die Gewerbsverwaltung hatte also hiermit aufgehört. Darum blieb kein Grund übrig, den gewesenen Factor in Anspruch zu nehmen. Man sehe über diese Stelle vorzüglich *ab* EYBEN c. l. Cap. IX. nr. V. et VI. pag. 304. sqq.

gen[60]). Z. B. wenn er in eigenem Namen contrahirte, oder sich für seinen Principal verbürgte, oder die Gränzen seines Auftrags überschritte, oder sonst etwas Unerlaubtes unternahm[61]).

Das Amt des Institors hört jedoch nicht mit dem Tode des Präponenten an sich, wie sonst eine Bevollmächtigung[62]), sondern in der Regel nur durch Widerruf des Auftrags auf, und zwar muß die Aufhebung der Procura eben so, wie die Ertheilung derselben bey Anstellung des Factors, gehörig bekannt gemacht werden, damit jeder davon hinlängliche Wissenschaft erhalten kann[63]). Eine solche Bekanntmachung erfordern die Gesetze schlechterdings, und schreiben sie als Mittel vor, den aus der Geschäftsführung eines Gewerbsverwalters für den Gewerbsherrn und dritte Contrahenten sonst leicht möglichen Schaden abzuwenden[64]). Ist sie daher nicht gehörig geschehen, so bleibt

60) Carpzov Iurispr. for. P. II. Const. 20. Def. 14.

61) *L.* 67. *D. de procurator.* *L.* 3. §. 2. *D. de administr. rer. ad civit. pertinent.* *L.* 5. *pr. et* §. 1. *D. Quando ex facto tutor.* S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 15. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. und Emminghaus ad *Eundem* not. s.

62) *L.* 15. *Cod. Mandati* *L.* 5. §. 17. *L.* 17. §. 3. *D. h. t.*

63) *L.* 11. §. 2. *D. h. t.* De quo palam proscriptum fuerit: *ne cum eo contrahatur*, is praepositi loco non habetur. Non enim permittendum erit, cum institore contrahere. *Sed, si quis nolit contrahi, prohibeat:* caeterum, qui praeposuit, tenetur ipsa praepositione. S. Tittmann von der Statthaftigkeit der Institorischen Klage bey Uebertretungen der Gewerbsvorschrift. §. 8. S. 45.

64) *L.* 47. *pr. D. de peculio* und *L.* 11. §. 5. *D. h. t.* sagt aus=

der Präponent noch immer aus den etwa noch nachher mit seinem gewesenen Factor in dieser vermeintlichen Eigenschaft geschlossenen Verträgen den Contrahenten verbindlich, welchen die Zurücknahme des Auftrags unbekannt geblieben war[65]). Die Gesetze verordnen sogar, daß wenn es auch durch Arglist des Factors geschehen wäre, daß der dritte Vertragsschließer von der geschehenen Willenserklärung seines Principals nichts habe erfahren können; dennoch die Klage gegen den Gewerbsherrn begründet seyn solle[66]), weil doch dieser sich immer noch eher gegen eine solche Betrügerey schützen kann, als der Contrahent, welcher in Rücksicht auf die Person und den Handlungscredit des Gewerbsherrn den Vertrag schließt[67]). Die Bekannt-

drücklich: *neque enim decipi debent contrahentes*. S. Tittmanns angef. Schrift S. 18. ff.

65) *L.* 34. §. 3. *D. de solut.* Es ist hier eben so, als wenn der Gewerbsherr bey der Anstellung seines Factors die Bekanntmachung der Procura unterließ, und es hierdurch unmöglich machte, daß diejenigen, welche mit dem Factor contrahirten, den Umfang seiner Befugnisse kennen konnten, um sich mit ihm auf nichts mehr einzulassen, als was der Gewerbsvorschrift gemäß ist. Hier haftet auch der Präponent mit Recht für seine Schuld aus jedem Geschäft, welches der Factor nach der Natur und dem Wesen des ihm übertragenen Gewerbes unternommen hat, wenn auch schon sein Auftrag so weit nicht ging. Denn jede heimliche Einschränkung der Procura ist, wie eine heimliche Zurücknahme derselben, für den Dritten nichtig. Ihre Wirkung erstreckt sich blos auf den Gewerbsherrn und seinen Factor. Siehe die Tittmannsche Abhandlung S. 3. ff.

66) *L.* 11. §. 4. *D. h. t.*

67) §. 1. *I. Quod cum eo, qui in aliena potest. L.* 84. *D. pro socio.*

machung der Zurücknahme des Auftrags muß nun eben so, wie die der Gewerbsvorschrift, in der Regel durch öffentliche Anschläge an dem Orte der Gewerbsführung [68]) und durch Briefe und Notificationen an die Geschäftsfreunde geschehen [69]). Diese Zurücknahme des Auftrags wird auch in der Regel von Seiten der Erben erfordert, weil, wie bereits oben bemerkt worden, der Tod des Präponenten an sich die Vollmacht des Factors nicht aufhebt. So lang daher diese noch nicht erfolgt ist, findet die Institorische Klage gegen die Erben Statt, wenn Jemand auch erst nach dem Tode ihres Erblassers mit dem Factor contrahirt hätte [70]). Dieß hat nun zwar nicht den mindesten Zweifel, wenn der Vertrag mit dem Factor geschlossen ward, nachdem die Erbschaft schon angetreten war, und es kommt auch dann gar nicht darauf an, der Vertragsschließer mag gewußt ha-

68) *L.* 11. §. 3. *D. eodem.* Proscribere palam sic accipimus, claris litteris unde de plano recte legi possit: ante tabernam scilicet vel ante eum locum, in quo negotiatio exercetur; non in loco remoto, sed evidenti. Litteris, utrum Graecis an Latinis? Puto secundum loci conditionem: ne quis causari possit ignorantiam litterarum. Certe si quis dicat, ignorasse se litteras, vel non observasse, quod propositum erat, cum multi legerent, cumque palam esset propositum, non audietur.

69) *L.* 11. §. 5. *D. eodem.* Sed si denunciavit cui, ne eum eo contraheret, non debet institoria teneri.

70) S. *Franc.* Duarenus in Comm. ad h. t. cap. 4. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. Ramos del Manzano Comm. ad h. Tit. Cap. II. §. 7. *Ant.* Schulting Thesium controversar. Dec. LIII. Th. 5. *ab* Eyben de Factoribus Dissert. I. Cap. 12. nr. VI. *Oper.* p. 285. Diss. II. Cap. 4. nr. XIII. p. 297. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. und Walch Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. 6. §. 15. p. 679.

ben, daß der Gewerbsherr gestorben sey, oder nicht. Denn lassen die Erben den Institor die Gewerbsverwaltung fortsetzen, so kann ja demjenigen durchaus nichts zur Last gelegt werden, der mit ihm in der noch fortdauernden Eigenschaft eines Factors contrahirt, weil sie ihn seines Dienstes hätten entlassen sollen, wenn sie dieß nicht gewollt hätten. Dieses findet sogar in dem Falle Statt, wenn der Erbe noch Pupill ist, und der Vormund den von desselben Erblasser angestellten Factor beybehalten hat, wie folgende Gesetzstellen lehren.

L. 11. *pr. D. h. t.* **Sed si pupillus heres extiterit ei, qui praeposuerat, aequissimum erit pupillum teneri, *quamdiu praepositus manet:* removendus enim fuit a tutoribus, si nollent opera eius uti.**

L. 17. §. 2. *D. eodem.* **Si impubes patri, habenti institores, heres extiterit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum est, in pupillum dari actionem *propter utilitatem promiscui usus*[71]): quemadmodum ubi post mortem tutoris, cuius auctoritate institor praepositus est, cum eo contrahitur.**

Allein streitiger ist es, wenn der Vertrag mit dem Factor noch vor Antretung der Erbschaft war geschlossen worden, in wiefern dann die Institorische Klage gegen die Erben Statt finde? Es sind hier zwey Gesetzstellen, welche einander zu widersprechen scheinen.

71) Die Worte *propter utilitatem promiscui usus* erklären die meisten durch Begünstigung des Handels und gemeinen Verkehrs, favor. commerciorum. S. RAMOS c. l. SCHULTING c. l. POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. X. not. e.

L. 5. §. 11. *D. h. t.* Si *ante aditam hereditatem* cum eo (sc. institore) contractnm est, *ignoranti* dari institoriam actionem.

L. 17. §. 3. *D. eodem.* Eius contractus certe nomine, qui *ante aditam hereditatem* intercessit, etiamsi *furiosus* [72]) heres existat, dandam esse actionem etiam

72) Das Wort *furiosus* will *Ant.* FABER in Rational. in hanc L. ausgestrichen wissen, weil ein Wahnsinniger keine Erbschaft antreten kann. *L.* 63. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* Allein mit Recht hat dagegen *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LIII. Th. 6. erinnert, daß alle Schwierigkeit sich leicht heben lasse, wenn man einen solchen Fall unterstellt, wo der Rasende zur Zeit eines vernünftigen Zwischenraums die Erbschaft antrat. Ihm stimmt auch POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. X. not. c. bey. Ein Wegstreichen des bemerkten Worts erlaubt ohnehin weder die Auctorität der Florentine, noch der Basiliken, Tom. II. pag. 348. Es würde auch, wie *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad h. L. sehr richtig bemerkt, dadurch die Schwierigkeit bey weitem vergrößert werden. Denn wer sollte denn nun der Erbe seyn? Huber meint zwar, man könnte hier auch den Fall annehmen, wenn der Curator für den Wahnsinnigen um die bonorum possessio gebeten hat. *L.* 1. *D. de bon. poss. furioso etc. compet. L. ult.* §. 3. *Cod. de curator. furiosi* Ich habe aber dabey nur das einzige Bedenken, daß diese B. P. als eine bloße decretalis, kein Erbrecht gibt; Paulus aber ausdrücklich sagt: *etiamsi furiosus* HERES EXISTAT Man war zwar freilich vor Justinian über die Wirkung der B. P. furioso competentis uneins, wie aus *L. ult. Cod. cit.* zu ersehen ist. Es scheint aber doch schon vor Justinian diejenige Meinung die Oberhand behauptet zu haben, welche von ihm in der *L. ult. cit.* sanctionirt worden ist, wie auch Koch in seiner Schrift über die Bonor. possessio §. 7. S. 86. ff. dafür hält.

Pomponius scripsit: non enim imputandum est ei, *qui sciens dominum decessisse*, cum institore exercente mercem contrahat.

Nach dem ersten Fragment, welches die Meinung Ulpians enthält, scheint es, als ob die Institorische Klage gegen die Erben nur dann Statt finde, wenn der Vertragsschließer, unwissend, daß der Präponent gestorben sey, mit dem Factor desselben contrahirte. Nach der Meinung des Paulus hingegen, welche auch Pomponius hatte, wird die Klage zu Folge der andern Stelle auch dann gegen die Erben gestattet, wenn gleich der Contrahent wußte, daß der Präponent nicht mehr am Leben sey. Anton Faber[73]) sucht der Schwierigkeit durch eine Aenderung der Leseart abzuhelfen. Er meint nämlich, man müsse, statt sciens, *nesciens* lesen. Allein auch davon abgesehen, daß diese Emendation von aller Auctorität entblößt ist, vielmehr die mit der gemeinen durchaus gleichlautende Leseart der besten Ausgaben, und die Auctorität der Basiliken[74]) gegen sich hat; so ist auch zu einer solchen Aenderung gar kein hinlänglicher Grund vorhanden, wie Justus Meier[75])

73) Conjecturar. iuris civ. Lib. II. Cap. 11.

74) Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 1. Const. 17. §. 3. Hier lauten die Worte so: *Καὶ ἐπὶ τοῖς πρὸ του ὑπεισελθεῖν τὴν κληρονομίαν συναλλάγμασιν ἐνέχεται ὁ κληρονόμος, εἰ μὴ καὶ μεμνηκὼς ἔιη. ὄυτε ἐγκαλεῖται ὁ εἰδὼς ἀποθανεῖν τὸν δεσπότιν, καὶ συναλλάσσων τῷ πραγματευομένῳ πρωεστῶτι.* i. e. *Eorum quoque contractuum nomine, qui ante aditam hereditatem intercesserunt, heres tenetur, etiamsi* FURIOSUS *sit; nec imputatur ei, qui* SCIENS *dominum decessisse, cum institore, exercente mercem, contrahit.*

75) *Ενδοξῶν* Iustinian. Decad. V. Cap. 5.

und Ulrich Huber[76]) schon längst gegen Faber gezeigt haben. Der ganze Fehler liegt darin, daß Faber von dem Grundsatz ausgeht, eine Bevollmächtigung endige sich mit dem Tode des Gewaltgebers, und nun glaubt er, das müsse auch eben so bey dem Institor seyn, weil er doch auch nur als ein Bevollmächtigter seines Principals anzusehen sey. Da nun bey der Bevollmächtigung nur dasjenige, was der Mandatar aus einer verzeihligen Unwissenheit des Todes des Gewaltgebers gethan hat, der Billigkeit wegen als gültig anerkannt werden soll[77]); so könne also auch nur das wahr seyn, was Ulpian sagt. Allein daß die Gesetze hier *propter utilitatem promiscui usus* absichtlich von den Regeln, die sonst bey der Bevollmächtigung gelten, abgewichen sind, erhellet klar aus den oben angeführten Gesetzstellen. Mag nun auch Ulpian immerhin sagen, derjenige, welcher mit dem Factor, ohne zu wissen, daß sein Herr tod sey, vor Antretung der Erbschaft contrahirt hat, habe die Institorische Klage gegen den Erben, so folgt doch daraus noch nicht, daß die Klage unstatthaft sey, wenn der Vertragsschließer von dem Tode des Präponenten Wissenschaft hatte. Denn Paulus lehrt das Gegentheil. Ein neuer Beweis, wie behutsam die Argumentation a contrario bey der Erklärung der römischen Gesetze zu gebräuchen sey. Faber beruft sich zwar noch auf die *L.* 41. *D. de reb. credit.* wo ein Herr seinen Sklaven seinem Kalendarium d. i. dem Geschäft der verzinslichen Ausleihe und Erhebung seiner Gelder vorgesetzt hatte, und dieser nach dem Tode seines Herrn, ohne hiervon Wissenschaft erhalten zu haben, die Geldge-

76) Eunomia Rom. Lib. XIV. ad L. 17. §. 2. et 3. D. h. t. pag. 561. sqq.

77) §. 10. *I. de mandato.*

schäfte seines Herrn fortgeführt hatte. Hier werde nun ausdrücklich gesagt, die Schuldner, welche ihm Zahlung geleistet hätten, wären hierdurch zwar von ihrer Verbindlichkeit befreiet worden, aber doch nur insofern sie selbst nicht gewußt hätten, daß der Herr gestorben sey. Allein hieraus läßt sich gegen uns nichts beweisen. Denn hier trat der besondere im Gesetz angegebene Umstand ein, daß der Sklave von seinem Herrn im Testament war für frey erklärt und zum Miterben ernannt worden. Hierdurch also, und nicht durch den Tod des Herrn an sich, ward hier die Geschäftsverwaltung des Sklaven geendigt [78]). Denn ein solcher Sklave, den sein Herr instituirt hatte, war gleich von dem Augenblick des Todes seines Herrn an ipso iure frey und Erbe, ehe er es noch selbst wußte, und ehe noch das Testament eröffnet war [79]).

Der Gewerbsherr selbst kann jedoch nach der Strenge des Rechts gegen den Dritten, welcher mit dem Factor contrahirt hat, anders nicht klagen, als wenn entweder der institor eine unter desselben Gewalt stehende Person ist, oder der Präponent von dem Institor keine Befriedigung erhalten kann. In dem ersten Falle klagt er dann actione directa, in dem andern actione utili ex contractu [80]).

78) S. *Iac.* Cujacius ad Africanum Tractat. VIII. ad L. penult. D. de reb. credit. Ramos *del* Manzano Cap. II. §. 9. *Ulr.* Huber Eunom. Rom. c. 1. §. 3. pag. 562.

79) *L.* 58. *D. de acquir. vel omitt. heredit.*

80) Einige nennen die Klage gegen den Dritten actio quasi institoria ex contractu, die dem Präponenten zusteht, wenn der Factor nicht in desselben Gewalt ist, und er sich an demselben nicht erholen kann. S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. Th. 5. §. 1403. S. 309.

Außerdem muß er sich eigentlich und zunächst an seinen Factor halten, und gegen diesen actione mandati oder negotiorum gestorum oder auch actione locati klagen, daß er ihm die aus dem geschlossenen Geschäft erworbene Klage cedire[81]). Ulpian lehrt dieses bestimmt, wenn er *L.* 1. *D. h. t.* sagt: Sed non idem facit (sc. Praetor) circa eum, qui institorem praeposuit, ut experiri possit: sed siquidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus, adquisitis sibi actionibus: si autem vel alienum servum, vel etiam hominem liberum, actione deficietur. Ipsum tamen institorem vel dominum eius convenire poterit vel *mandati;* vel *negotiorum gestorum,* MARCELLUS autem ait, debere dari actionem ei, qui institorem praeposuit, in eos, qui cum eo contraxerint. Die hier angeführte Meinung des Marcellus wird jedoch durch das folgende Fragment limitirt. *L.* 2. *D. eodem* sagt nämlich: Eo nomine, quo institor contraxerit: *si modo aliter rem suam servare non potest.* Allein heut zu Tage kann der Präponent ohne weiteres aus dem Contract gegen den Dritten mit der actio utilis klagen[82]), wie auch bereits oben (§. 882.) bey der actio exercitoria bemerkt worden ist.

81) S. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. IV. not. c. *ab* EYBEN de factoribus Diss. II. Cap. 8. pag. 303. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12.

82) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und Weber zu Höpfners Commentar über d. Heinecc. Institutionen §. 1149. Not. 1. S. 1111.

Lib. XIV. Tit. IV.

De tributoria actione.

§. 894.

Begriff und besondere Natur der *actio tributoria*.

Ganz verschieden von der Exercitorischen und Institorischen Klage ist III. die *actio tributoria*[83]). Jene Klagen hatten Statt, wenn die Direction der Handelsgeschäfte einem Factor übertragen worden ist; der sie für Rechnung und im Namen seines Herrn führt. Allein diese Klage setzt voraus, daß eine unter der Gewalt eines Familienhaupts stehende Person mit Wissen und ohne Widerspruch ihres Herrn oder Vaters selbst und im eigenen Namen ein Gewerbe treibt. Dort ist also von einer merx dominica, hier von einer merx peculiaris die Rede[84]). Wenn nämlich Jemand einer Person, die unter seiner väterlichen oder herrschaftlichen Gewalt steht, ohne Unterschied des Geschlechts, erlaubt, Handelschaft zu treiben, er habe ihr nun ent-

83) Von dieser Klage handeln *Franc.* Duarenus in Comm. ad h. Tit. Pand. *Oper.* pag. 981. sqq. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. *Oper.* T. II. pag. 334. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. und *Nic.* Dressel in Diss. de actionib. adjectit. qualitatum. Cap. 5.

84) *L.* 11. §. 7. *D. de institor. act.*

weder ein Peculium dazu gegeben, oder sie habe sich den Fonds durch ihren Fleiß und Arbeit dazu erworben; sie macht aber nachher einen Bankerott; so verordnet der Prätor in seinem Edict [85]), der Vater oder Herr solle die Gläubiger zusammenberufen, und mit ihnen, sofern er selbst an die Handlung Forderungen hat, ohne sich jedoch hier auf das ihm sonst wegen des peculii profectitii zustehende privilegium deductionis berufen zu dürfen, die noch vorhand'nen Handlungswaaren, und was sonst noch aus deren Verkauf vorhanden ist, oder als Guthaben aussteht, ja sogar auch dasjenige, was blos zur Einrichtung des Kaufladens angeschafft worden (instrumentum tabernae), verhältnißmäßig theilen. Verweigert er diese Theilung arglistig, oder er hat bey der vorgenommenen Theilung betrügerisch gehandelt, und einen größern Theil seiner Forderung für sich abgezogen, als er den übrigen Gläubigern zugetheilt hat; so gibt der Prätor den Gläubigern die *actio tributoria*. Jedoch kann die Klage dadurch abgelehnt werden, wenn der Herr oder Vater den Gläubigern das ganze Waarenlager überläßt. Dann wird aber der Richter ins Mittel treten, und die Concursmasse unter die Gläubiger verhältnißmäßig vertheilen. Folgende Gesetzstellen werden das Gesagte bestätigen.

85) *Ger.* Noodt in Comm. ad Dig. h. t. hat die Worte des Edicts auf folgende Art hergestellt: *Si is, qui in aliena potestate esse dicitur, eo sciente in peculiari merce negotiatus erit, eo nomine iudicium dabo, ut quod in ea merce erit, quodque ex ea receptum erit, ab eo, in cuius potestate erit, singulis pro rata portione tribuatur; item si eius dolo malo factum erit, quominus tributum esse dicatur, quam debuerit, iudicium dabo, ut id praestetur.*

§. 3. I. *Quod cum eo, qui in aliena potest.* Introduxit et aliam actionem Praetor, quae *tributoria* vocatur. Namque si servus in peculiari merce, sciente domino, negotietur, et quid cum eo, eius rei causa, contractum erit: ita Praetor ius dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, et caeteros creditores pro rata portione distribuatur: et ideo *tributoria* vocatur, quia ipsi domino distributionem Praetor permittit. Nam si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quae *tributoria* appellatur. Zur Erläuterung dieser Stelle verdient die griechische Paraphrase des Theophilus verglichen zu werden, welche ich hier nur nach der Reitzischen Uebersetzung beyfügen will. *Excogitavit et aliam Praetor actionem, quae* TRIBUTORIA *vocatur. Nam si servus meus circa peculiares merces suas negotiatus fuerit, neque iussu meo, neque me eum praeponente, attamen sciente et non contradicente, cumque eo contractus sit celebratus, Praetor sic de eo ius reddit: nam si evenerit, ut diversis debeat personis, sed et mihi domino debeat, (quod autem debere eum dixi, naturaliter intelligendum, non legitime) ac servus advenerit, merces secum habens: creditores Praetorem adeunt, et is cogit dominum merces in medium proferre, et si quid ex mercibus divenditum, ac pecunia inde redacta fuerit, etiam hanc pro rata inter se et reliquos creditores distribuere. Sin autem ipse dominus, cui mercium distributio permissa est, quasdam ex iis subtraxerit, neque*

omnes in medium protulerit, et creditorum aliquis veniat querens ac dicens, pauciores merces, quam quae a servo ex illa negotiatione adlatae fuerint, in medium venisse, dabitur ei adversus dominum actio TRIBUTORIA: *per quam cogetur, quamcumque mercem occultaverit, in medium proferre. Dicitur autem* TRIBUTORIA (*sive divisoria*) *a verbo* DISTRIBUERE, *quod est dividere.*

L. 1. *pr. D. h. t.* Huius quoque Edicti non minima utilitas est: ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum *de peculio* duntaxat teneatur, cuius peculii aestimatio, *deducto, quod domino debetur,* fit) tamen *si scierit servum peculiari merce negotiari,* velut extraneus creditor ex hoc Edicto *in tributum* vocatur.

§. 1. *eiusd. L.* Licet MERCIS appellatio angustior, ut neque ad servos, fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios pertineat, tamen PEDIUS *libro XV.* scribit, ad *omnes negotiationes* porrigendum Edictum.

§. 2. *Peculiarem* autem *mercem* non sicuti *peculium* accipimus: quippe PECULIUM deducto, quod domino debetur, accipitur; MERX PECULIARIS, etiamsi nihil sit in peculio [86]), dominum tributoria obligat, ita demum, si *sciente eo* negotiabitur.

§. 3. SCIENTIAM hic eam accipimus, quae habet et voluntatem. Sed (ut ego puto) non voluntatem, sed *patientiam*: non enim velle debet dominus, sed *non nolle.* Si igitur *scit,* et *non protestatur,* et *contradicit,* tenebitur *actione tributoria.*

86) In den Scholien der Basiliken Tom. II. pag. 359. wird dieß so erklärt: *licet id, quod domino debetur, peculium absumat.*

§. 4. POTESTATIS verbum *ad omnem sexum* item ad omnes, *qui sunt alieno iuri subiecti*, porrigendum erit.

L. 5. §. 2. *D. eodem.* Sed et si *ancilla* negotiabitur, admittendam tributoriam dicimus.

L. 2. *D. eodem.* Ut tamen merx, qua peculiariter negotietur, ad nos pertineat [87]).

L. 5. §. 4. *D. eodem.* MERCIS NOMINE merito adiicitur, ne omnis negotiatio, cum eo facta, tributoriam inducat.

§. 5. Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce, et quod eo nomine receptum est.

§. 6. In tributum autem vocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis.

§. 7. Sed est quaesitum, dominus utrum ita demum partietur ex merce, si quid ei mercis nomine debeatur, an vero et si ex alia causa? et LABEO ait, *ex quacunque causa ei debeatur*; parvique referre, ante mercem, an postea ei debere quid servus coeperit: sufficere enim, *quod privilegium deductionis perdidit.*

L. 5. §. 11. *D. h. t.* Non autem *totum peculium* venit in tributum, sed id duntaxat, *quod ex ea merce est*; sive merces manent, sive pretium earum receptum, conversumve est in peculium.

§. 12. Sed et *si adhuc debeatur mercis nomine a quibusdam*, quibus solebat servus distrahere, hoc quoque *tribuetur*, prout fuerit receptum.

87) Der Vater mag entweder dem Sohne die Waaren zu seinem eigenen Gewerbe angeschafft, oder der Sohn sich selbst durch seinen Fleiß und Arbeiten den Fonds zu seiner Handlung erworben haben. S. *Tit. Inst. Per quas personas nobis acquir.*

§. 13. Si praeter mercem servus iste *in taberna habeat instrumentum*, an hoc quoque tribuatur? Et LABEO ait, *et hoc tribui:* et est aequissimum. *Plerumque enim hic apparatus ex merce est; immo semper.* Caetera tamen, quae extra haec in peculium habuit, non tribuentur: utputa argentum habuit, vel aurum: *nisi si haec ex merce comparavit.*

§. 19. Tributio autem fit *pro rata eius, quod cuique debeatur.*

L. 6. D. eodem. Non enim haec actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit, *sed aequalem conditionem quandoque agentium.*

L. 7. §. 1. D. eod. Quid tamen, si dominus tribuere nolit, nec hanc molestiam suscipere: sed peculio vel mercibus cedere paratus sit? *Pedius* refert, audiendum eum. Quae sententia habet aequitatem: et plerumque arbitrum in hanc rem Praetor debebit dare, cuius interventu tribuantur merces peculiares.

§. 3. Si cuius *dolo malo* factum est, quominus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit, quam debuerit, praestet: *quae actio dolum malum coercet domini. Minus* autem *tribuere* videtur, etiam *si nihil tributum sit.* Si tamen ignorans in merce servum habere, minus tribuit, non videtur dolo minus tribuisse.

§. 3. Sed et si mercem perire passus est, aut eam avertit, aut vilioris data opera distraxit; vel si ab emtoribus pretium non exegerit: dicendum erit, teneri eum tributoria, *si dolus intervenit.*

§. 4. Sed et si *negaverit dominus cuiquam deberi*, videndum erit, an tributoriae locus sit? Et est verior LABEONIS sententia, *tributoriam locum habere*, alioquin expediet domino negare.

L. 12. *D. eodem.* JULIANUS *lib.* 12. *Digestorum* respondit, *Tributoria actione* tunc demum agi potest, *cum dominus, in distribuendo pretio mercis, Edicto Praetoris non satisfecit: id est, cum maiorem partem debiti sui deduxit, quam creditoribus tribuit:* veluti si, cum in merce triginta fuissent, in quam ipse quidem quindecim crediderat, duo autem extranei triginta, tota quindecim deduxerit, et creditoribus reliqua quindecim dederit: cum deberet sola decem deducere, extraneis dena tribuere.

Aus diesen Stellen ergibt sich also folgender Begriff. Die Tributorische Klage ist diejenige prätorische Personalklage, welche den Gläubigern, die mit einer unter väterlicher oder herrschaftlicher Gewalt stehenden, und mit Wissen und ohne Widerspruch des Vaters oder Herrn, nicht in der Eigenschaft eines Factors, sondern im eigenen Namen Handelschaft treibenden Person, in Rücksicht dieses Verkehrs contrahirt haben, als eine adiectitia qualitas gegen den Vater oder Herrn zusteht, und dahin gerichtet wird, den Beklagten, wenn er die Theilung der noch vorhandenen Handelswaaren arglistig verweigert, rechtlich anzuhalten, daß er diese Waaren, und was dazu gehört, verhältnißmäßig unter sie vertheile, und sie wegen ihrer Forderungen daraus befriedige, oder im Falle einer vorgenommenen ungleichen Theilung, dasjenige herausgebe, oder ersetze, was der Kläger durch den Dolus des Beklagten zu wenig erhalten hat.

Meldet sich vor der Hand nur ein Gläubiger, und verlangt, daß ihm seine Forderung ganz zugetheilt werde; so kann er sie zwar erhalten. Er muß aber Caution leisten, daß er, falls sich etwa nachher noch mehrere Gläubiger finden sollten, das Zuvielerhaltene wieder herausgeben wolle[88]).

Fast alle sagen, die actio tributoria gehe nur auf Abänderung einer ungleichen Theilung[89]). Cujaz[90]) erklärt daher die *actio tributoria* durch **correctio iniquae tributionis mercium peculiarium, a patre vel domino factae dolo malo inter eum, et alios mercium creditores, in quibus filiusfamilias vel servus negotiabatur sciente eo.** Allein die angeführten Gesetzstellen, und auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase lehren ganz bestimmt, daß die Klage auch auf die Theilung selbst gerichtet werden konnte, wenn sie der Herr oder Vater arglistig verweigerte, wie auch Doneau[91]),

88) *L.* 5. §. 19. *D. h. t.* Si unus creditor veniat, desiderans tribui integram portionem, consequitur; sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii existere possint, mercis peculiaris creditores, cavere debet creditor iste, *pro rata se refusurum, si forte alii emerserint creditores.*

89) VINNIUS, *Ianus a* COSTA, *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 3. I. Quod cum eo, qui in aliena potest. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Decad. LIII. Th. 7. et 8. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 7. §. 6. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXVIII. Th. 23. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XV. not. a. pag. 411. DRESSEL cit. Diss. Cap. V. §. 1. u. a. m.

90) Paratitla in libros L. Digestor. h. Tit.

91) DONELLUS in Comm. ad Tit. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest. est. nr. 7.

Duaren[92]), Voet[93]), Wesenbeck[94]), Müller[95]), Emminghaus[96]) und Thibaut[97]) ganz richtig behaupten.

Darin sind jedoch, mit Zustimmung der angeführten Gesetze, alle einverstanden, daß diese Klage immer einen Dolus von Seiten des Beklagten voraussetzt. Daher geht sie auch gegen die Erben nach dem röm. Recht nur insoweit, als sie durch den Betrug ihres Erblassers bereichert worden sind[98]). Denn man betrachtet sie als eine actio ex delicto[99]), wenn sie gleich dem Gegen-

92) Comm. ad h. Tit. cap. 3.

93) Comment. ad Pand. h. t. §. 4.

94) Comm. ad Pand. h. tit.

95) Ad *Struvium* Ex. XX. Th. 43. not. *a*.

96) Ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 1. not. b.

97) System des Pand. R. 7. Band §. 370.

98) *L.* 7. §. 5. *D. h. t.* Haec actio et perpetuo et *in heredem* datur de eo duntaxat, *quod ad eum pervenit.*

99) Viele halten zwar die actio tributoria für eine actio ex contractu. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 7. §. 5. D. h. t. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XX. Th. 43. not. *y*. ECKOLT Compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. 2. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. c. u. Schmidt Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 1428. Allein die *L.* 8. *D. h. t.* enthält keinen hinlänglichen Beweis für diese Meinung. Denn wenn es daselbst heißt: *Quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet.* Quare etiam mortuo servo dominus, item heres eius, perpetuo teneri debebit, propter factum defuncti: *quamvis non aliter, quam dolo interveniente, competat;* so ist der Sinn dieser Stelle in Verbindung mit der vorhergehenden blos der, wenn gleich die actio tributoria

stande nach nur perscentorisch ist. Nach den Grundsätzen des heutigen Rechts findet aber die Klage gegen die Erben schlechthin Statt, soweit nämlich die Erbmasse zureicht[100]). Dieß gilt jedoch nur in dem Falle, wenn der Erbe ex dolo defuncti belangt wird. Denn wegen seines eigenen Dolus haftet natürlich der Erbe unbedingt[1]). Gegen den successor singularis hat jedoch die Tributorische Klage nicht Statt, wohl aber die actio de peculio[2]).

Ist bey der Vertheilung blos ein Versehen vorgegangen, wodurch die Ungleichheit verursacht wurde, so ist die actio tributoria nicht anwendbar, sondern der Verletzte muß seine Entschädigung an dem suchen, welcher zuviel empfing[3]).

Die actio tributoria kommt jedoch noch in einer andern besondern Beziehung vor, welche uns Ulpian

einen Dolus von Seiten des Beklagten voraussetzt, so habe sie doch nicht die Eigenschaft der actio doli specialis, sie sey daher weder, wie diese, eine actio temporalis, noch famosa. Man vergleiche nur hierüber die *Basilica* T. II. pag. 356. Const. 8. WISSENBACH Exercitat. Disput. XXVIII. Th. 23. COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 2. und POTHIER Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XIX. not. g.

100) S. KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 14.

1) *L.* 9. §. 2. *D. h. t.* Totiens enim in heredem damus de eo, quod ad eum pervenit, quotiens *ex dolo defuncti* convenitur, non quotiens *ex suo*.

2) *L.* 10. *D. h. t.*

3) S. VOET Comm. h. t. §. 5. und Thibaut System des P. R. 1. Bd. §. 370.

L. 5. §. 15. *et* 16. *D. h. t.* lehrt. Wenn nämlich der filiusfamilias oder Knecht mehrere verschiedene Handlungen getrieben hat, so können die Creditoren einer jeden einzelnen Handlung mittelst der gedachten Klage auf Separation dringen, und verlangen, daß sie aus dem Vorrathe derjenigen Waarenhandlung befriediget werden, in Rücksicht deren sie ihm creditirt haben. Er sagt nämlich: Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in iisdem confundendi erunt, et omnes in tributum vocandi: utputa, *duas negotiationes exercebat*, puta *sagariam* [4]), et lintneariam, et separatos habuit creditores? Puto *separatim eos in tributum vocari*: unusquisque enim eorum merci magis, quam ipsi, credidit. — Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit, et ego fui tabernae (verbi gratia) quam ad *Bucinum* [5]) habuit, ratiocinator, alius quam trans Tiberim: aequissimum puto, separatim

4) *Negotiatio sagaria* heißt ein Handel, der mit einer gewissen Art Kleidung getrieben wurde, welche die Römer *sagum* nannten. Man verstand darunter ein dichtes Gewand, oder Mantel aus Wolle, dessen sich die Römer, als einen Ueberrock, wider die rauhe Witterung bedienten. Besonders aber nannte man *Sagum* die Kriegskleidung der Soldaten im Felde. S. Suetonius *in Aug. c.* 26. Caesar *de B. C. I.* 75. Silius *XVII.* 531. und Adams Handbuch der röm. Alterthümer. 2. Th. S. 668. u. 763.

5) Die Florentinische Ausgabe lieset *Bucinum*. Allein schon Taurelli hat am Rande die richtigere Leseart bemerkt. Es scheint ein Ort zu Rom diesseits der Tiber gewesen zu seyn. S. Brenkmans Bemerkungen in dem Gebauerischen Corp. iuris.

tributionem faciendam: *ne ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant*[6]).

Haben hingegen unter den Gläubigern einige dem Sohn oder Sklaven namentlich Gelder zur Anschaffung der Waaren creditirt, so können sie an diesen Waaren, wenn sie auch noch in Natur vorhanden wären, kein Vorzugsrecht behaupten, und daher nicht verlangen, daß solche allein zu ihrer Befriedigung angewendet werden, wofern sie ihnen nicht besonders verpfändet worden sind. Sie gehören also mit zu der zu vertheilenden Masse[7]). Ein anders ist es, wenn Gläubiger Waaren geliefert haben, ohne auf Credit gehandelt zu haben. Diesen kommt

6) *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LIII. Th. 9. glaubt, diese Vorschrift habe nur bey Sklaven Statt gefunden. Denn sie habe in dem besondern Zustand derselben ihren Grund, weil Sklaven im Sinn des Civilrechts keine Personen gewesen wären. Es sey also kein Gebrauch davon zu machen, wenn man einer freyen Person in einem solchen Falle, da sie mehrere Negotiationen trieb, creditirt habe. Allein der in *L.* 5. §. 16. *in fin. h. t.* angeführte Grund ist ganz allgemein. Es hat daher keinen Zweifel, daß sie auch bey filiusfamilias anwendbar sey. Man sehe *Ant.* FABER Rational in Pand. ad L. 5. §. 15. D. h. t. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. *Io.* SCHILTER Prax. Iur. Rom. Ex. XXVII. §. 51. und besonders *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 7. et 8. wo man jene Meinung ausführlich widerlegt finden wird. Hiermit stimmt auch COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. überein. Die Gründe pro und contra hat EMMINGHAUS not. d. und e. hinzugefügt.

7) *L.* 5. §. 17. *D. h. t.* Plane, si in eandem tabernam merces deferebantur, licet hae, quae existent, ex unius creditoris pecunia sint comparatae, dicendum erit, omnes in tributum venire, nisi fuerint creditori pigneratae.

unstreitig ein Vindicationsrecht zu, weil das Eigenthum derselben vor der Bezahlung des Kaufgeldes nicht übergegangen ist [8]). Auch gehen diejenigen Gläubiger vor, die sich auf den Waaren ein Pfandrecht haben geben lassen [9]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Tributorische Klage nur eigentlich die Waaren zum Gegenstande hat, mit denen Handelschaft getrieben worden ist, und was etwa, wie schon oben bemerkt wurde, noch dahin zu rechnen ist. Sie geht also nicht auf das ganze Pekulium, welches der handelnde Sohn oder Sklave von dem empfing, unter dessen Gewalt er steht. Hierdurch unterscheidet sich diese Klage von der *actio de peculio*, welche auf das ganze Pekulium geht, worunter denn auch natürlich die Handelswaaren mit begriffen sind. Nun kann vielleicht nur die Hälfte des Pekuliums auf das Waarenlager verwendet seyn, oder vielleicht noch weniger. Der Herr oder Vater kann vielleicht auch gar nichts zu fordern haben, so daß der Kläger auch von dem sonst bey der actio de peculio dem Vater oder Herrn zustehenden Vorzugsrechte nichts zu besorgen hat. Daher kann es zuweilen besser seyn, de peculio, als tributorisch zu klagen, wie uns Cajus *L.* 11. *D. h. t.* belehrt, wenn er sagt: Aliquando etiam agentibus expe-

8) *L.* 5. §. 18. *D. eodem.* Sed si dedi mercem meam vendendam, et extat, videamus, ne iniquum sit, in tributum me vocari? et siquidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit: enimvero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto, vel fideiussore dato, vel alias satisfacto, dicendum erit, *vindicare* me posse.

9) *L.* 5. §. 8. *D. eodem.*

dit potius *de peculio* agere, quam *tributoria*. Nam in *hac actione*, de qua loquimur, hoc solum in divisionem venit, *quod in mercibus est*, *quibus negotiatur*; quodque eo nomine receptum est: at in *actione de peculio* totius peculii quantitas spectatur, in quo et merces continentur: et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii, aut tertia vel etiam minore negotietur: fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat. Daher erklärt sich denn auch, wenn Ulpian *L.* 9. §. 1. *D. eodem.* sagt, beyde Klagen concurrirten electivisch, so daß die eine Klage durch Anstellung der andern aufgehoben werde, es müßte denn etwa jede derselben wegen anderer Puncte (ex alia causa) angestellet worden seyn.

§. 895.

Heutiger Gebrauch dieser Klage.

Ueber die heutige Anwendbarkeit dieses Titels sind die practischen Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Einige [10]) wollen der Tributorischen Klage allen heutigen Gebrauch absprechen. Sie sagen, römische Sklaven haben wir in Teutschland nicht mehr, und unsere Söhne, wenn sie in eigenem Namen Handelschaft treiben, werden hierdurch auch von der väterlichen Gewalt befreiet, und sind gleichsam für stillschweigend emancipirt zu halten, oder wenn auch dieses nicht überall der Fall seyn sollte, so wird sich doch Niemand leicht mit ihnen in Geschäfte einlassen,

10) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 7. *Ge.* Beyer Delineat. iuris civ. h. t. pag. 295. Boehmer Doctr. de actionibus Sect. II. cap. 10. §. 17. not. s. Dressel Diss. de actionib. adjectitiar. qualitatum. Cap. VI. §. 5. u. a. m.

bevor sie nicht gewaltfrey geworden sind. Dagegen hat nun zwar Cocceji[11]) nicht ohne Grund erinnert, daß Treibung eines Gewerbes an sich auch heut zu Tage die väterliche Gewalt nicht aufhebe, wenn nicht die Anstellung einer eigenen Haushaltung noch hinzukommt. Allein es steht noch ein anderer wichtigerer Grund den Vertheidigern jener Meinung zur Seite, nämlich daß die Tributorische Klage, welche dem Vater die Vertheilung des noch vorhandenen Waarenlagers seines Sohns unter die Gläubiger gestattete, eine Folge der richterlichen Gewalt war, welche der Vater bey den Römern vermöge der väterlichen Gewalt über seine Kinder ausüben konnte, und welche dagegen bey den Teutschen ganz unerhört ist[12]). Sollte daher auch ein Sohn heut zu Tage während der väterlichen Gewalt Handelschaft treiben, und er macht einen Bankerott; so wird der Richter den Concurs eröffnen, und die Austheilung der Masse keinem Andern überlassen. So urtheilen Westphal[13]), Höpfner[14]) und Emminghaus[15]). Alles beweißt indessen doch nur so viel, daß der Gebrauch der Tributorischen Klage heut zu Tage seltener sey, als er bey den Römern war. Demohngeachtet kann man den Grundsätzen dieses Titels nicht alle Anwendung absprechen, wie auch Schilter[16]),

11) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

12) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 138. S. 275.

13) Teutsches Privatrecht. 2. Th. Abh. 49. §. 1. S. 96.

14) Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 1152.

15) Ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 4. Not. g.

16) Prax. iuris Rom. Exerc. XXVII. §. 47.

Stryck[17]), Müller[18]) und Schmidt[19]) nicht ohne Grund bemerkt haben. Man setze z. B. den Fall, der Vater hätte seinem Sohne eine Handlung etablirt, welche dieser, ohne sich von dem Vater zu trennen, während der väterlichen Gewalt in eigenem Namen führte. Er macht aber einen Bankerott. Die Gläubiger, zur Vermeidung der Kosten, verlangen von dem Vater, daß er, gleichsam als arbiter, die Waaren mit ihnen theile. Wie wenn der Vater arglistig eine ungleiche Theilung gemacht hätte; sollte die tributorische Klage nicht noch jetzt anwendbar seyn? Daß indessen die Grundsätze dieses Titels doch mit Behutsamkeit anzuwenden sind, zeigt Struben[20]) durch das Beyspiel der *L.* 5. §. 15. *et* 16. *D. h. t.*

17) Us. mod. Pand. h. t. §. 1.

18) Systema Pandect. P. III. Tit. XI. §. 938.

19) Theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Band §. 1432. S. 340. f.

20) Rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 108.

Lib. XIV. Tit. V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

§. 896.

In wiefern kann eine unter der Gewalt eines Familienhaupts stehende Person aus ihren Contracten selbst belangt werden? und in wiefern findet eine Klage gegen den Paterfamilias Statt?

Wer mit einer unter der Gewalt eines Familienhaupts stehenden Person einen Contract schließt, hat, außer den bisher erklärten Klagen, noch manche andere gegen denjenigen, in dessen Gewalt sich diese Person befindet. Er kann bald mit der *actio quod iussu*, bald mit der *actio de in rem verso*, und wenn alle Klagen nicht hinreichen, mit der *actio de peculio* klagen. Omnia enim Proconsul agit, sagt Cajus *L.* 1. *D. h. t.* ut, qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiamsi deficient superiores actiones, id est *exercitoria*, *institoria*, *tributoriave*, nihilominus tamen, in quantum ex bono et aequo res patitur, suum consequatur. Sive enim *iussu eius*, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, *in solidum* eo nomine iudicium pollicetur: sive non iussu, sed tamen *in rem eius versum fuerit*, eatenus introducit actionem, *quatenus in rem eius versum fuerit*: sive neutrum eorum sit, *de peculio actionem* constituit. Es fragt sich aber ir

wiefern die Person selbst belangt werden könne, mit der man contrahirt hat? Das römische Recht macht einen Unterschied, ob es ein Sklave, oder ein Sohn vom Hause ist. Im ersten Falle entstand zwar aus einem solchen Geschäft eine obligatio naturalis[21]); allein eine Klage hatte weder nach dem Civil- noch nach dem Prätorischen Rechte gegen den Sklaven, auch nicht einmal nach erfolgter Manumission desselben, Statt[22]). Nur gegen den Herrn desselben konnte nach dem iure praetorio mit der actio de peculio geklagt werden[23]). In dem letztern Falle verhielt sich die Sache ganz anders. Ein filiusfamilias wurde im Verhältniß zum Staat als eine rechtsfähige Person anerkannt, dahingegen der römische Sklave für bürgerlich todt gehalten wurde[24]). Erster kann daher nicht nur alle Arten von Contracten, nur das Gelddarlehn ausgenommen, gültig schließen, sondern auch daraus sowohl während der väterlichen Gewalt, als nach deren Aufhebung gerichtlich belangt werden[25]). Er braucht auch nicht einmal die Großjährigkeit erreicht zu haben, um ein Geschäft schließen zu können. Es ist genug, wenn er nur wenigstens Pubes ist. Cajus sagt dieses ausdrücklich

21) *L.* 14. *D. de obligat. et action.*

22) *L.* 17. *D. de negot. gest. L.* 1. *et tot. tit. Cod. An servus pro suo facto post manumissionem teneatur.* S. Donellus in Comm. ad Tit. hunc Cod. n. 62. und diesen Commentar 2. Th. §. 119. S. 141.

23) *L.* 41. *D. de peculio.*

24) S. diesen Commentar 2. Th. §. 132. S. 231. u. f.

25) *L.* 39. *D. de obligat. et act.* Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur, et ob id agi cum eo, tanquam cum paterfamilias, potest.

L. 141. §. 2. *D. de verb. obligat.* wo es heißt: *Pupillus*, licet, ex quo fari coeperit, recte stipulari potest; tamen, si in parentis potestate est, *ne auctore quidem patre* obligatur: PUBES vero, *qui in potestate est*, proinde, *ac si paterfamilias*, obligari solet. Von den Contracten solcher Personen, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, ist nun besonders in diesem Titel die Rede. Hat also Jemand mit einem filiusfamilias contrahirt, so bekommt er dadurch zwey verschiedene Schuldner, an die er sich halten kann. Gegen den Sohn kann er nach dem Civilrecht aus dem geschlossenen Contract auf das Ganze klagen, wenn ihm auch der Vater das Pekulium wieder genommen hätte; gegen den Vater aber findet nach dem prätorischen Rechte nur *actio de peculio* Statt, soweit nämlich das Pekulium nach Abzug dessen, was dem Vater daran gebührt, zur Befriedigung des Gläubigers zureicht. Folgende Gesetzstellen sind hier merkwürdig.

L. 44. *D. de peculio.* Si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores: filium *in solidum*, et patrem duntaxat *de peculio*.

L. 45. *D. eodem.* Ideoque, si pater filio peculium ademisset, nihilo minus creditores *cum filio* agere possunt.

L. 9. §. 2. *sqq. D. eodem.* Peculium autem, deducto, quod domino, vel patri debetur computandum est.

Es sind nun, wenn der Gläubiger gegen den Sohn klagt, zwey Fälle zu unterscheiden.

A. Der Gläubiger klagt, während der Sohn noch in der väterlichen Gewalt ist. Dann hat der Sohn entweder

ein eigenes, von dem Rechte des Vaters ganz unabhängiges und freyes Vermögen, wovon er Zahlung leisten kann, oder nicht. In dem ersten Falle kann auch die Execution noch während der väterlichen Gewalt vollstreckt werden. Ist jedoch der Schuldner noch minderjährig, und durch den Contract, aus welchem er belangt wird, verletzt worden; so kann er dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, welche jedoch nur dem Sohne, nie aber dem Vater zu Statten kommt, wie aus folgender Stelle Ulpians zu ersehen ist.

L. 3. §. 4. *D. de minorib.* Ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, *filiumfamilias minorem annis* in integrum restitui posse ex his solis causis, quae ipsius intersint: puta, *si sit obligatus.* Proinde si iussu patris obligatus sit: pater utique poterit *in solidum* conveniri; filius autem (cum et ipse possit, *vel in potestate manens conveniri*, vel etiam *emancipatus*, vel exheredatus, *in id, quod facere potest*: et quidem *in potestate* manens, *etiam invito patre ex condemnatione conveniri*) auxilium impetrare debebit, si ipse conveniatur. Sed an hoc auxilium patri quoque prosit, ut solet interdum fideiussori eius prodesse, videamus: et non puto profuturum. Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium: si patrem conveniat creditor, auxilium cessat, *excepta mutui datione*[26]): in hanc enim, si *iussu patris*

26) Die Ausnahme, welche hier Ulpian in Ansehung des Darlehns macht, hat den Auslegern ungemein viel Schwierigkeit verursacht. Cujaz weiß sich dieses besondere Recht anders nicht zu erklären, als so, weil diejenigen, welche einem filiusfamilias Geld borgen, schon durch das SCtum Macedonianum

mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur. Proinde et si *sine iussu patris* contraxit, *et captus est:* si quidem pater *de peculio* conveniatur, filius non erit restituendus; si filius conveniatur, *poterit restitui.* In dem letztern Falle aber, da der Sohn kein eigenes freyes Vermögen besitzt, findet zwar dennoch die Klage, auch schon während der väterlichen Gewalt gegen denselben Statt; allein die Execution muß so lange ausgesetzt bleiben, bis der Schuldner sui iuris geworden ist[27]). Dann erst kann er

genug gezüchtiget würden, so habe man es für billig gehalten, sie wenigstens in dem Falle, da dieses Senatusconsult wegfällt, gegen alle weiteren Einreden zu schützen. Anton Faber hingegen in Rational. in Pand. ad h. L. will die ganze Ausnahme nicht gelten lassen, sondern hält die Stelle, *excepta mutui datione — non adiuvatur*, für eine in den Text eingeschlichene Glosse eines unwissenden Auslegers. Allein beyde haben unrecht. Mit Recht sagt Ulpian, daß ein filiusfamilias, welcher Geld geborgt hat, wenn er gleich noch minderjährig ist, deshalb nie ristitnirt werde. Denn hat er es für sich und in eignem Namen geborgt, so ist er schon durch die Exception des Macedonianischen Senatusconsults auf immer gesichert. Hat er aber das Geld für seinen Vater auf Befehl desselben aufgenommen, so ist er ipso iure gegen jeden Anspruch gedeckt, weil er hier nicht belangt werden kann, sondern die actio mutui gegen den Vater angestellt werden muß, in dessen Namen und auf dessen Befehl der Sohn das Geld aufgenommen hat. *L.* 5. *pr. D. Quod iussu. L.* 4. *C. h. t.* So wäre also das Räthsel ohne alle Schwierigkeit aufgelößt. Man sehe über diese Stelle DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de restitutionib. in integrum. Tit. IV. §. 79. pag. 293. sq. und *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora Exerc. VI. §. 3. pag. 143.

27) S. VOET Comm. h. t. §. 1. Unrichtig sagt Höpfner im

mit der actio iudicati belangt werden. So lehrt Paulus *L.* 5. *pr. D. h. t.* wo er sagt: Si filiusfamilias, *vivo patre*, conventus et condemnatus sit; in emancipatum vel exheredatum, postea *iudicati actio* in id, quod facere potest, danda est. Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß der filiusfamilias in eigenem Namen contrahirt habe. Denn hat er das Geschäft für den Vater auf dessen Befehl geschlossen, so kann nicht gegen ihn, sondern nur gegen den Vater daraus geklagt werden, wie aus *L.* 4. *Cod. h. t.* erhellet, wo Kr. Antonin rescribirt: Si ex contractu patris iussu eius mutuam pecuniam accepisti, teque eius hereditate abstines, frustra vereris, ne a creditoribus eius conveniaris.

B. Der Sohn wird wegen der während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden belangt, nachdem er von derselben frey geworden ist. Hier kommt es nun darauf an, ob er ein zur Bezahlung seiner Schulden hinreichendes Vermögen besitzt, er ist z. B. Erbe seines Vaters geworden; oder nicht. In dem ersten Falle muß er seine Gläubiger ganz befriedigen, und es kann deshalb die Execution in sein Vermögen vollstreckt werden. So sagt Paulus *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* Si filio exheredato, ex SCto Trebelliano hereditas patris restituta sit, non debebit, *in quantum facere potest*, sed *in solidum* condemnari; *quia effectu quodammodo heres est.* In dem letztern Falle hingegen da er

Commentar über die Institutionen §. 1158. wenn der Sohn gar kein Peculium, oder nur ein peculium adventitium regulare hat, so könne er nicht eher belangt werden, als bis er von der väterlichen Gewalt frey ist. Man sehe vielmehr *de* Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 1.

von seinem Vater wenig oder nichts geerbt hat, oder bey dessen Leben emancipirt, oder sonst aus der väterlichen Gewalt befreiet worden ist, und kein hinländliches eigenes Vermögen besitzt, müssen ihm die Gläubiger die Wohlthat der Competenz gestatten. Der Prätor hat deswegen zum Besten der Söhne ein eigenes Edict gemacht, welches Ulpian *L. 2. pr. D. h. t.* mit folgenden Worten anführt: Ait Praetor, sagt er, *in eum, qui emancipatus, aut exheredatus erit, quive abstinuit se hereditate eius, cuius in potestate, cum moritur, fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate, sive iussu eius, in cuius potestate erit, contraxerit, sive in peculium ipsius, sive in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem, causa cognita, dabo*, IN QUOD FACERE POTEST.

§. 897.

Beneficium competentiae der Söhne.

Unter der Rechtswohlthat der Competenz wird diejenige Rechtswohlthat verstanden, vermöge welcher einem Schuldner, um seinen Gläubiger zu befriedigen, nicht alles, was er hat, genommen werden darf, sondern ihm wenigstens soviel, als zu seinem standesmäßigen Unterhalt nöthig ist, gelassen werden muß [28]). Sie wird

28) *L. 173. pr. D. de div. reg. iuris.* In condemnatione personarum, quae in id, *quod facere possunt*, damnantur, *non totum, quod habent, extorquendum est*, sed et ipsarum ratio habenda est, *ne egeant*. Man sehe auch *L. 19. §. ult. in fin. D. de re iud.*

auch *privilegium deductionis* genannt. Wir haben hierüber Folgendes zu bemerken.

I. Der Schuldner, dem diese Wohlthat zukommt, kann vermöge derselben nur auf diejenigen Alimente rechnen, deren er nach seinem Stande nothwendig bedarf. Das Quantum ist nach richterlichem Ermessen zu bestimmen, und dabey nicht blos auf seine Person, sondern auch auf diejenigen Rücksicht zu nehmen, denen er selbst den Unterhalt zu geben schuldig ist, nämlich auf dessen Frau und Kinder, so wie auch auf die ihm nöthige Bedienung [29]).

II. Der Schuldner, der sich dieser Rechtswohlthat bedienen will, muß durch ein Verzeichniß seines Vermögens die Unzulänglichkeit desselben nachweisen, um seinen Gläubigern die Schuld ganz bezahlen zu können, ohne an den Bettelstab zu gerathen [30]).

III. Die Rechtswohlthat der Competenz leidet nach der Natur der Privilegien keine ausdehnende Erklärung. Sie kommt daher weder den Erben, als solchen, noch den Bürgen [31]), sondern nur denjenigen Schuldnern zu Statten, welchen die Gesetze diese Wohlthat ertheilen [32]). Jedoch kann sich solche der Schuldner auch bey Schließung des

29) Arg. *L.* 125. *D. de verb. signif.* *L.* 4. §. 1. *D. de ventre in possess. mitt.* WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 85. Cap. IV. Th. 3. §. 5. Struben rechtliche Bedenken. 1. B. Bed. 6. CARPZOV P. I. Const. 32. Def. 16. et 17.

30) *Nov.* 135. *cap.* 1.

31) *L.* 24. *et* *L.* 25. *D. de re iudicata.*

32) Davon handelt Hellfeld §. 1808.

Contracts auf den Fall der etwa eintretenden Insolvenz ausbedingen [33]).

IV. Die Competenz kommt jedoch dem Sohne auch dann noch zu Statten, wenn er auch schon bey Lebzeiten des Vaters wäre belangt, und zur Bezahlung der Schuld rechtskräftig verurtheilt worden [34]); die Schuld rühre aus einem Contract oder Quasi-Contract her, z. B. aus der Führung einer Vormundschaft [35]), wenn nur die Schuld noch während der väterlichen Gewalt entstand. Denn wegen der nachher gemachten Schulden hat der Sohn kein Privilegium mehr [36]).

V. Die Fälle, wo dem Sohne die Wohlthat der Competenz zusteht, sind, wenn er emancipirt, oder auf andere Art von der väterlichen Gewalt befreiet worden ist, und der Vater hat ihn enterbt, oder der Sohn hat sich selbst der väterlichen Erbschaft entschlagen, oder der Vater hatte ihn mit einem Universal-Fideicommiß beschwert, und der Sohn ließ sich zur Annehmung und Abtretung desselben zwingen, so daß ihm nun zur Strafe gar nichts übrig blieb, oder der Vater hatte ihn **ex minima parte** instituirt. In allen diesen Fällen soll gegen den Schuldner die Klage nur **in id, quod facere potest,** Statt haben, wie Ulpian [37]) und Paulus [38]) lehren. Die Ausleger sind hier nicht ei-

33) *L.* 49. *D. de pactis.*

34) *L.* 5. *pr. D. h. t.*

35) *L.* 37. §. *ult. D. de administr. et periculo tutorum.*

36) *L.* 37. §. *ult. D. cit.* ut de eo quidem, *quod post emancipationem gestum* est, in solidum conveniri possit.

37) *L.* 2. §. 1. *D. h. t.*

38) *L.* 5. §. 2. *D. eodem.*

nig, was die Worte: *ex minima parte* sagen wollen, deren sich nicht nur Ulpian[39]), sondern auch Scävola[40]), bedient. Die meisten erklären sie vom Pflichttheile[41]), weil doch der Vater seinen Kindern weniger nicht hinterlassen könne. Allein richtiger behaupten andere[42]), daß die pars minima im Verhältniß zur Größe der contrahirten Schuld zu verstehen sey. Diese Erklärung wird dadurch noch mehr bestättiget, wenn Ulpian[43]) sagt, daß auch dann, wenn der Sohn ex parte non modica[44]) zum Erben eingesetzt worden sey, und er werde von einem Gläubiger auf das Ganze belangt, der Richter auch hier zu beurtheilen habe, ob er auch das Ganze zu bezahlen im Stande sey, ohne seinem standesmäßigen nothwendigen Bedürfniß zu nahe zu treten. Es wird also hierdurch zu erkennen gegeben, daß hier überall nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sey, ob dasjenige, was der Sohn von dem Vater geerbt hat, mit der Größe seiner während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden in einem solchen Verhältniß stehe, daß er das Ganze, ohne sich wehe zu thun, zu bezahlen im Stande sey, oder nicht.

VI. Auf keinen Fall kann jedoch der Sohn die ihm zustehende Rechtswohlthat der Competenz so weit ausdehnen,

39) *L.* 2. §. 1. *D. eodem.*

40) *L.* 7. *D. eodem.*

41) Accursius in gloss. ad L. 2. §. 1. D. h. t. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. Brunnemann Comm. ad L. 2. h. t. nr. 4.

42) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XXVII. §. 57.

43) *L.* 4. *pr. D. h. t.*

44) Pothier in Pand. Iustin. h. t. Nr. VI. not. a. glaubt, es müsse hier, ohne Negation, *ex parte modica* gelesen werden. Allein ganz ohne Grund.

daß er auch das von seinem Vermögen abziehen dürfte, was er noch anderen Gläubigern schuldig ist, mit welchen er erst, nachdem er von der väterlichen Gewalt befreiet worden, contrahirt hat. Dieses ist blos ein Vorrecht für den Schenker, daß er, wenn er aus der Schenkung belangt wird, auch von seinem Vermögen noch die sonstigen Schulden abziehen darf, und dann erst gegen den Donatar sich der Einrede der Competenz bedienen kann. Außer diesem ist dieß keinem andern Competenzschuldner gestattet, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 19. §. 1. *D. de re iudic.* Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur: *et quidem is solus deducto aere alieno.*

L. 49. *D. eodem.* Et exheredatum, vel eum, qui se paterna hereditate abstinuit, nec ex ipsius contractu, nisi in id, quod facere potest, condemnandum. Quemadmodum autem facere posse credatur, videndum est: utrum deducto omni aere alieno, ut is, qui ex donatione convenitur? an ut maritus et patronus, nullo deducto aere alieno? Et indubitati iuris est, ad similitudinem viri et patroni ei detrahendum: pinguius enim donatori succurrere debemus, quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur.

L. 50. *D. eodem.* Ne liberalitate sua inops fieri periclitetur.

L. 53. *D. Soluto matrim.* Si filiofamilias dos data sit, ipse quidem dotis actione tenetur, pater autem eius de peculio: nec interest, in peculio rem, vel pecuniam dotalem habeat, nec ne: sed *quatenus facere potest, hic quoque condemnandus est.* — Atquin, si cum

patre agatur, deduceretur ex peculio, quod patri, vel subjectis ei personis filius debet: at si *cum ipso filio* agatur, *alterius debiti non fiet detractio in computatione, quantum facere possit filius.*

L. 54. *D. eodem.* Maritus facere posse creditur, *nullo deducto aere alieno*: item socius, item patronus, parensve. At is, qui ex donatione convenietur, *omni aere alieno deducto*, facere posse intelligitur.

Wenn also der Sohn, wegen der während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden, nachdem er sui iuris geworden, von einem seiner Gläubiger belangt wird, und es nun zur Execution kommt; (denn nur auf das tempus rei iudicatae ist zu sehen, wenn die Frage davon ist, wieweit der Schuldner Zahlung leisten kann, ohne ihm sein standesmäßiges Bedürfniß zu entziehen)[45]), so kann er nicht sagen, ich habe noch mehrere Schulden, erst nach Abzug derselben kann man beurtheilen, wieviel mein Vermögen beträgt, und ob mir dann der nothdürftige Unterhalt noch übrig bleibt. Nein, es gilt hier, was Paulus sagt *L.* 19. *pr. D. de re iudicata:* Inter eos, quibus ex eadem causa debetur, d. i. unter Gläubigern, welche alle dem Schuldner die Competenz gestatten müssen, *occupantis melior condictio est:* nec deducitur, quod eiusdem conditionis hominibus debetur. Also der Schuldner kann, um seine Competenz zu berechnen, nicht erst das von seinem Vermögen abziehen, was er noch andern Gläubigern schuldig ist; sondern wenn derjenige Gläubiger, welcher zuerst kommt, und den Schuldner ausklagt, seine Befriedigung erhalten kann, ohne daß der Schuldner dabey an seinem

45) *L.* 15. *pr. D. Soluto matrimonio.* S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. XXVII. p. 1309.

standesmäßigen Auskommen etwas verliert; so kann er seine Forderung mit Recht ohne Abzug verlangen. Dieß heißt: *occupantis melior condictio est*[46]). Denn die Gesetze wollen den filiusfamilias durch die ihm ertheilte Wohlthat der Competenz blos sichern, daß er nicht gleich, nachdem er eine eigene Familie auszumachen angefangen hat, verarme und darbe[47]). Dieß ist nun aber hier nie zu besorgen. Denn melden sich auch nachher noch andere Gläubiger, welche nicht auf das Ganze klagen können, so darf er nie befürchten, daß er durch sie um seinen Lebensunterhalt kommt, weil ihm ja durchaus nicht mehr genommen werden darf, als es sein standesmäßiges nothwendiges Bedürfniß erlaubt. Es ist daher gar kein Grund vorhanden, warum der Schuldner dasjenige, was er diesen schuldig ist, demjenigen Gläubiger sollte abziehen dürfen, welcher zuerst geklagt hat. Denn es kann ihm nie ein Schaden daraus zu besorgen seyn, sondern blos den andern Gläubigern. Nun hat aber das Gesetz nur für den Schuldner gesorgt, nicht aber seine Gläubiger begünstigen wollen. Alles dieses bestätiget nun noch insonderheit Ulpian *L.* 3. *D. h. t.* wo er sagt: Sed an hic detrahi debeat, *quod aliis debetur*, tractari potest? Et si quidem sint creditores, qui, *cum esset alienae potestatis*, cum eo contraxerunt, recte dicetur, *occupantis meliorem esse conditionem*. Er fügt nur blos die Limitation hinzu: nisi si quis *privilegiarius* veniat; huius enim non sine ratione *prioris ratio habebitur*. Dieß heißt aber doch auch nicht soviel, als ob der Sohn eine solche privilegirte Forderung selbst zuvörderst von dem Ver-

46) §. 37. *I. de act.* *L.* 10. *D. de pecul.* DONELLUS cit. loc. pag. 1309. et 1411.

47) S. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. et 3.

mögen abziehen könne, wovon die Competenz zu berechnen ist. Nein, sondern wenn sich nachher noch ein privilegirter Gläubiger meldet, der nun, nachdem schon ein anderer nicht privilegirter Gläubiger seine Befriedigung vor ihm erhalten hat, wegen der Competenz des Schuldners nicht mehr seine Bezahlung von ihm erhalten kann; so darf dieser zwar nicht darunter leiden, er kann aber sein Vorzugsrecht nur gegen den erstern geltend machen. Es ist also dieses blos eine Ausnahme von der Regel, occupantis meliorem esse conditionem. Allein die folgenden Worte Ulpians: Quod si qui sint, qui, *posteaquam sui iuris factus est*, cum eo contraxerunt, *puto porum rationem habendam*, machen den Auslegern viele Schwierigkeiten. Ulpian sagt hier: wenn Gläubiger vorhanden sind, welche mit dem Sohne contrahirt haben, nachdem er schon von der väterlichen Gewalt befreiet war, so soll auf diese Rücksicht genommen werden. Heißt das soviel, es könne von dem Vermögen abgezogen werden, was diese zu fordern haben, so steht das mit dem Vorhergehenden in offenbarem Widerspruche. Nun wäre auch gar kein Unterschied mehr zwischen ihm, und einem Schenker. Denn auch der Schenker kann, wie Hugo Donellus[48]) sehr gründlich ausgeführt hat, die Forderungen solcher Gläubiger nicht abziehen, von denen er nur in id, quod facere potest, belangt werden kann, weil er kein Interesse dabey hat. Nur das aes alienum, dem die Einrede der Competenz nicht entgegengesetzt werden darf, kann der Donator in Abrechnung bringen[49]). Denn zö-

48) Commentar. iuris civ. Lib. XXVII. ad L. 16. D. de re iudicata. pag. 1408. edit. *Francof.* 1626. fol.

49) *L.* 19. §. 1. *D. de re iudicata.*

ge er diese Schulden nicht ab, so wäre er gegen die Gefahr, darben zu müssen, wogegen ihn doch die Gesetze aus besonderer Begünstigung schützen wollen, nicht gesichert; weil nachher noch andere Gläubiger kommen, und ihm das nehmen könnten, was er zu seinem nothdürftigen Unterhalt gebraucht. Dieß hat er aber von andern Gläubigern nicht zu fürchten, welche ihm die Competenz gestatten müssen. Nun kann auch ein Sohn, wegen der erst nach aufgehobener väterlichen Gewalt contrahirten Schulden, von den Gläubigern auf das Ganze belangt werden, ohne ihnen die Einrede der Competenz entgegen zu setzen[50]). Könnte er nun diese abziehen, was wäre zwischen ihm und dem Schenker mehr für ein Unterschied? Um diesen Widerspruch zu heben, glaubt Donell, es sey hier von privilegirten Gläubigern die Rede. Allein richtiger erklärt jene Worte Voet[51]), wenn er sagt, daß keinesweges der Sinn derselben dahin gehe, als ob der Sohn die Schulden, welche er nach aufgehobener väterlicher Gewalt contrahirt hat, abziehen könne: sondern es wären dieselben vielmehr so zu verstehen, daß wenn auch diejenigen Gläubiger, welche mit dem Sohne während der väterlichen Gewalt contrahirt haben, schon in soweit ihre Befriedigung erhalten hätten, als der Sohn zahlen konnte, nämlich nach Abzug des nöthigen standesmäßigen Unterhalts; dennoch diejenigen Gläubiger, welche mit ihm erst, nachdem er sui iuris geworden, contrahirt haben, nichts desto weniger auf das klagen können, was dem Sohne noch durch das beneficium competentiae von seinem Vermögen übrig geblieben ist. In dieser Hinsicht sagt also Ulpian mit Recht: *horum rationem habendum es-*

50) *L. 37. §. ult. D. de administr. et periculo tutor.*

51) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

se, insofern sie nicht eben so mit der Einrede der Competenz zurückgewiesen werden können, wie diejenigen Gläubiger, deren Schuldner der Sohn schon während der väterlichen Gewalt zu werden anfing. Zwar wird freylich in *L.* 3. *h. t.* die Frage abgehandelt, ob der Sohn bey dem Gebrauche der Competenzwohlthat dasjenige abziehen dürfe, was er andern schuldig ist? allein Ulpian beantwortet sie nicht geradezu mit Ja oder Nein; sondern er macht einen Unterschied zwischen den Gläubigern, welche mit dem Sohne noch während der väterlichen Gewalt contrahirt haben, und denen, welche mit ihm erst nachher contrahirten, nachdem er schon sui iuris geworden war. In Rücksicht der erstern gibt er die Regel: *meliorem esse occupantis et sibi vigilantis conditionem*, jedoch mit der Ausnahme, wofern nicht der sich erst später meldende Gläubiger ein privilegirter ist. In Rücksicht der letztern hingegen sagt er schlechthin, *horum rationem habendam esse.* Dieß kann nun in Verbindung mit den vorhergehenden Worten nicht soviel heißen, als ob diese letzteren den Vorzug vor den erstern hätten, und dasjenige, was der Sohn ihnen schuldig ist, von dem Vermögen desselben vor allen Dingen abgezogen werden müßte; Nein, sondern es soll vielmehr nur in sofern auf sie Rücksicht genommen werden, daß sie zu ihrer Befriedigung den Sohn bis auf den letzten Heller können auspfänden lassen, ohne daß er sich gegen sie auf seine Rechtswohlthat berufen darf.

VII. Die Rechtswohlthat der Competenz gibt jedoch nur eine dilatorische, aber keine peremtorische Einrede. Kommt daher der Schuldner in der Folge wieder in bessere Vermögensumstände, so muß er doch noch das ganz bezah-

len, was der Gläubiger jetzt, wegen dieser Wohlthat, vom Schuldner nicht ganz erhielt [52]). Der Gläubiger kann zu dem Ende Caution fordern [53]). Diese fällt nur da weg, wo der Schuldner gleich Anfangs nicht auf das Ganze belangt werden kann, wie bey der actio de peculio [54]).

VIII. Die Wohlthat der Competenz fällt weg, a) wenn nicht der Sohn selbst, sondern sein Erbe belangt wird [55]). b) Wenn sich der Schuldner dieser Wohlthat durch Betrug unwürdig gemacht hat. Z. B. der Sohn gab sich arglistig für einen homo sui iuris aus, und verleitete dadurch seine Gläubiger zum Credit [56]), oder er hat sonst bey Schließung des Contracts betrügerisch gehandelt [57]). c) Wenn sich der Sohn derselben nicht bedient, sondern die Schuld ganz bezahlt, ohne dem Gläubiger die Einrede der Competenz entgegen gesetzt zu haben [58]), deren er sich auch noch sogar bey der

52) *L.* 8. *Cod. Soluto matrimonio* DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XXVII. ad L. 16. D. de re iudicat. pag. 1309, BACHOV ad *Treutlerum*. Vol. II. Disp. XXIV. Th. IV. Lit. H. und SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 59. et 60.

53) *L. un.* §. 7. *Cod. de rei ux. act.*

54) *L.* 47. §. 2. *D. de peculio.*

55) *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* Soli autem filio succurritur, non etiam heredi eius: nam et PAPINIANUS *libro* 9. *Quaestionum* scribit, *in heredem filii in solidum dandam actionem.*

56) *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* *L.* 6. *D. eod.*

57) *Arg. L.* 22. §. 1. *D. de re iudicata.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 3.

58) *L.* 7. *pr. D. de except.* *L.* 17. §. 1. *D. Soluto matrimonio.*

Execution hätte bedienen können [59]). Denn Wohlthaten werden Niemand aufgedrungen. Ja wenn auch der Sohn aus einer Unwissenheit des Rechts die Schuld ganz bezahlt hätte, so würde dennoch deshalb keine Zurückforderung Statt finden [60]), wenn nicht etwa derselbe zu den privilegirten Personen gehört, denen die Gesetze die Unkunde der Rechte zu gute halten [61]), z. B. wenn er noch minderjährig, oder Soldat ist [62]). Hatte hingegen der Richter aus Unwissenheit der Rechte den Schuldner zur Bezahlung des Ganzen verurtheilt, ohnerachtet er die Einrede der Competenz vorgeschützt hatte, so kann er sich noch bey der Execution mit der **exceptio doli** schützen [63]). d) Wenn die Schuld, wegen welcher der Sohn belangt wird, aus einem während der väterlichen Gewalt begangenen Delict herrührt [64]). Endlich e) wenn der Sohn erst nach mehreren Jahren, nachdem er **sui iuris** geworden, belangt wird. Es kommt also hier sehr viel darauf an, wenn der Sohn belangt wird. Geschieht dieses gleich, nachdem er von der väterlichen Gewalt war befreiet worden, so kann er sich seiner Rechtswohlthat bedienen, nach-

59) *L.* 41. §. 2. *D. de re iudicata.* S. LAUTERBACH Diss. de beneficio competentiae (*Tübingae* 1647.) §. 48. et 49.

60) *L.* 9. *D. de condict. indebiti.*

61) S. den 13. Theil dieses Commentars §. 834. S. 132.

62) *L.* 9. *pr. D. de iuris et facti ignor. L.* 1. *Cod. eodem.*

63) *L.* 17. §. *ult. D. Soluto matrim.* S. DONELLUS ad h. L. in Commentar. iur. civ. Lib. XXVII. pag. 1419.

64) *L.* 4. §. 2. *D. h. t. L.* 52. *D. de re iudic.*

her kommt sie ihm nicht weiter zu Statten[65]), wie Ulpian lehrt *L.* 4. §. 4. *D. h. t.* wo er sagt: Sed an etiam temporis haberi debeat ratio, ut siquidem *ex continenti* cum filio agatur, detur actio in id, quod facere potest: sin vero *post multos annos*, non debeat indulgeri? Et mihi videtur *rationem habendam esse, in hoc enim causae cognitio vertitur.*

Einige Rechtsgelehrten[66]) wollen den heutigen Gebrauch dieses Titels bezweifeln, allein ohne Grund, wie schon Cocceji[67]) gezeigt hat.

65) Die Klage selbst fällt aber deswegen nicht weg. S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

66) Voet c. l. §. 4. in fin.

67) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

Lib. XIV. Tit. VI.

De Senatusconsulto Macedoniano.

§. 898.

Geschichte und Inhalt des Senatuscons. Macedoniani.

Die in dem vorigen Titel von den Contracten der Familien-Söhne erklärte Regel leidet durch das *Senatusconsultum Macedonianum* eine wichtige Ausnahme bey der pecunia credita. Weil nämlich die Erfahrung lehrte, daß der baare Geld-Credit die Söhne zu Ausschweifungen verleitete, und sie in Schulden stürzte, ja sogar selbst für das Leben der Väter gefährliche Excesse veranlaßte, so wurde schon zu den Zeiten des römischen Freistaats das Gesetz gemacht, daß Niemand einem filiusfamilias baar Geld creditiren solle[68]). Cicero scheint darauf hinzudeuten, wenn er in seiner Rede für den Marcus Cölius Kap. 7. sagt: *Tabulas, qui in patris potestate est, nullas conficit. Versuram nunquam omnino fecit ullam*[69]). Eben dieses bestärkt noch mehr die Unterredung des Geta mit dem Demophonus beim Terenz in seinem Phormio Act. II. Scen. 1. v. 70., wo jener sagt: *Hui dixti pul-*

68) S. *Ferd. Aug.* Hommel Diss. de mutuo filiifamilias iam ante Senatusconsultum Macedonianum invalido. *Lipsiae* 1726.

69) *Versuram facere* heißt hier Geld gegen Zinsen aufnehmen. S. Hotomann ad h. Loc. Cicer. und Graevius ad eundem.

cre, siquidem quisquam crederet, te vivo. Was dieses aber für ein Gesetz gewesen seyn möge, ist ungewiß. Vielleicht das Plätorische, welches gewisse Geschäfte, insonderheit auch den Geldcredit, mit solchen Personen, die das Alter von 25 Jahren noch nicht erreicht hatten, nicht nur für ungültig, sondern sogar für strafbar und infamirend erklärte[70]); wie sich aus einer Stelle des Plautus in seinem Pseudolus Act. I. Scen. 3. v. 68. schließen läßt, wo es heißt: *Perii, an non tum me Lex perdit quinavicenaria? Metuant credere omnes.* Weil jedoch dieses Gesetz nur von Minderjährigen sprach, so dehnte Kr. Claudius dasselbe durch eine neuere Verordnung auf alle Familiensöhne ohne Unterschied des Alters aus, wie auch Lipsius[71]) bemerkt hat. Die hiervon handelnde Stelle des Tacitus Annal. XI, 13. lautet folgendermaßen. Et lege lata saevitiam creditorum coercuit, *ne in mortem parentum pecunias filiisfamiliarum foenori darent.* Nach diesem Gesetz sollte es auch nicht einmal gelten, wenn Jemand einer Person, die noch unter der väterlichen Gewalt steht, das Geld unter der Bedingung geliehen hätte, dasselbe erst nach des Vaters Tode wiederzubezahlen. Allein die Habsucht und Ränke der Föneratoren wußten diese Verordnung bald zu vereiteln. Man schikanirte, wie oft der Fall war, mit den Worten des Gesetzes, und glaubte der Verordnung desselben dadurch auszuweichen, wenn man das Geld den Söhnen

70) S. Graevius l. c. Tom. III. P. I. pag. 310. und Hugo Lehrb. d. Geschichte d. röm. Rechts §. 135. (Berlin 1810.)

71) Ad Taciti *Annal.* XI. 13. Man sehe auch Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 62.

nicht gerade auf den Todesfall ihrer Väter creditirte; man gab es ihnen nun auf einen ungewissen Zahlungstermin, der blos von der Willkühr des Gläubigers abhangen sollte. Dieß hieß *incertis nominibus credere*, wie Hommel[72]) diese Worte des Macedonianischen Senatusconsults erklärt. Einer solchen Chikane durch ein neues Gesetz Einhalt zu thun, war um so nothwendiger, je schrecklicher die Folge war, welche das Schuldenwesen der Familiensöhne nach sich zog. Ein junger Römer, mit Namen Macedo, beging, um seine Gläubiger befriedigen zu können, einen Vatermord, und gab hierdurch einem der wichtigsten Gesetze Veranlassung und Namen. Ulpian hat uns dasselbe *L.* 1. *pr. de Senatusconsulto Macedoniano* in folgenden Worten aufbehalten: *Cum inter caeteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam* (*ne quid amplius diceretur*) *incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent nullius posse filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri*[73]).

72) Cit. Diss. §. 19—21. Andere erklären jedoch nomina incerta für nomina non bona, sub usuris immodicis credita; was man auch im Teutschen ungewisse Forderungen nennt. S. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. p. 337. *Ev.* Ottonis Comm. ad §. 7. I. Quod cum eo, qui in alien. pot. und *Io. Gottl.* Heineccii Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. IV. Tit. 7. §. 8.

73) Zur Interpretation desselben dienen *Bern. Henr.* Reinoldi

Wer also einer Person, die noch unter der väterlichen Gewalt steht, baar Geld darleihet, soll seiner Forderung wegen keine Klage haben, wenn er auch erst nach des Vaters Tode das Geld wieder fordern sollte. Ein solcher Wucherer soll wissen, daß ihm keine List, noch Vorwand etwas helfen wird, um seine Forderung klagbar zu machen, wenn auch sein Schuldner nach des Vaters Tode noch so viel Vermögen zu gewarten hätte. Dieses Senatusconsultum wurde unterm Kr. Vespasian gemacht [74]). Wir haben darüber das unverwerfliche Zeugniß des Suetonius, welcher in seinem Vespasian cap. XI. erzählt: *Vespasianus auctor Senatui fuit decernendi, ne filiorum familias foeneratoribus exigendi crediti ius unquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem.* Die Veranlassung zu dieser Legislation erzählt am ausführlichsten Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen Lib. IV. Tit. VII. §. 7. Die Stelle ist sehr merkwürdig, und lautet nach der Uebersetzung des Reitz folgendermaß-

Diss. ad Senatusconsultum Macedonianum in *Opusc. iurid. a Juglero* edit. p. 412. sqq. *C. A. van* Wachendorf Diss. de SCto Maced. *Traj. ad Rhen.* 1730. *Franc.* Alef. Diss. de SCto Macedon. *Heidelb.* 1737. in eius Dieb. academ. Nr. XI. und *Christ. Gotth.* Hübneri Disp. ad Senatusconsultum Macedonianum. *Lips.* 1798. Unter den ältern Auslegern *Franc.* Duareni Commentar. in Tit. 28. libri IV. Cod. et Tit. 6. lib. XIV. Pand. ad SC. Maced. *Oper.* pag. 983. sqq.

74) S. *Andr. Guil.* Crameri D. Vespasianus sive de vita et legislat. T. Flavii Vespasiani Imp. Commentar. *Ienae* 1785. 8. pag. 182. sqq. und Hübner cit. Disp. Cap. 3. Andere setzen den Ursprung des Senatusconsults schon unter die Regierung des Kr. Claudius. S. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4132. und Ritter Hugo Lehrb. der Geschichte des R. R. §. 324.

sen: *Macedo quidam sic dictus Romae fuit; qui in potestate quum esset sui patris, ab aliquo mutuatus est, sperans mortuo patre suo, fore, ut debitum reddere posset. Multo tempore elapso, instabat creditor debitum repetens. Macedo non habens, unde redderet; qui enim, cum sub potestate esset? patrem suum occidit. Innotuit hoc Senatui; et ille quidem poenas dedit parricidii: factum est autem Senatusconsultum, Macedonianum dictum, quod statuit, ne quis homini libero sub potestate constituto mutuatus debita reposcat, ut hoc pacto quilibet sciens, se debitum reposcere non posse, mutuum illi dare caveat. Non tantum vero ipsum non reposcet filiumfamilias, vel filiamfamilias aut nepotem vel neptem in potestate adhuc constitutos, sed neque sui iuris factos, morte forsitan patris, vel emancipatos. Nec quidem adversus patrem vel avum actionem de peculio intendere potest, sive liberos in potestate etiam habeat, sive eos emancipaverit. Senatusconsultum autem haec sanciens ita legem fecit, quoniam filiifamilias aere alieno saepe onerati, quod aliunde acceptum luxuriose prodegerant, suorum parentum vitae insidiabantur.* Viele [75]) glauben, die Erzählung des Theophilus stehe mit jenen Worten des Senatusconsults im Widerspruche. Man hat daher dieselbe, als eine Fabel des Paraphrasten, geradezu verworfen, und geglaubt, daß nicht Macedo,

75) *Aegid.* MENAGIUS Amoenitat. iuris civ. Cap. 39. Voc. *Macedonianum SCtum.* pag. 297. *Ev.* OTTO Comm. ad §. 7. I. Quod cum eo etc. *Io. Aug.* BACH Histor. iurisprud. Rom. Lib. III. cap. I. Sect. III. §. 19. *Io. Iac.* SCHERZ Diss. de Macedoniani SCti denominat. origine *Argentor.* 1732. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 1. und HÜBNER Dissert. cit. Cap. IV.

der Vatermörder, sondern ein famöser Fönerator dieses Namens dem Gesetz Namen und Veranlassung gegeben habe. Allein dagegen haben schon längst Wilhelm Maranus[76]), Joh. Gottl. Heineccius[77]), Augustin v. Leyser[78]), Gottfr. Ludw. Menken[79]) und Herr Ritter Hugo[80]) gezeigt, daß nach einer richtigen Erklärung selbst die Worte des Senatusconsults: *Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset*, welche offenbar nicht auf den Fönerator passen, augenscheinlich für Theophilus sprechen. Denn der Ausdruck *aes alienum* wird nie vom Gläubiger, nie für pecunia aliis credita genommen, sondern es wird vielmehr darunter verstanden, quod nos aliis debemus, wie Ulpian sagt *L.* 213. §. 1. *D. de Verb. Signif.* Die folgenden Worte: *ut saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam* (*ne quid amplius diceretur*) *incertis nominibus crederet*, gehen zwar unstreitig auf den Wucherer; sie enthalten aber einen von der Veranlassung des Gesetzes ganz unterschiedenen Grund. Der Sinn ist nämlich der; daß die Föneratoren den verschwenderischen Jünglingen häufig Anlaß zu Ausschweifungen dadurch gegeben, daß sie ihnen Geld, und zwar, um die Ver-

76) Paratitl. ad h. Tit.

77) Antiquit. Rom. Lib. IV. Tit. VII. §. 8.

78) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIII. medit. 1.

79) Diss. de usu forensi SCti Macedoniani in Germania. *Vitemb.* 1715. Praefat.

80) Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts (Berlin 1810.) §. 224. Not. 1. S. 349. Man sehe auch Phil. Bernh. Degen Bemerkungen über das Zeitalter, und die Institutionen-Paraphrase des Theophilus. 5. Abschn. S. 51.

ordnung der Gesetze zu umgehen, ohne Bestimmung eines Zahlungstermins geborgt hätten. Das Macedonianische Senatusconsultum hat also das Eigene, daß es nicht von dem Consul, der den Vertrag machte, wie sonst gewöhnlich war, sondern von demjenigen seinen Namen erhalten hat, der die Veranlassung dazu gab. Uebrigens bemerke ich nur noch, daß viele, welche dieses Senatusconsultum unter Claudius setzen, es mit der oben bemerkten *Lex Claudii* für Eins halten, von welcher Tacitus redet. Um nun die Erzählung des Suetons damit zu vereinigen, sagt man, Vespasian habe als Consul unter Claudius das Senatusconsultum in Vorschlag gebracht. Heineccius[81]) verdankt diese sinnreiche Conjectur dem Petrus Faber[82]).

§. 899.

Tendenz des Macedonianischen Senatusconsults.

Das Macedonianische Senatusconsult redet I. blos von filiisfamilias, welcher Ausdruck hier alle Personen bezeichnen soll, die zur Zeit des contrahirten Darlehns noch unter väterlicher Gewalt sind, sie seyen Söhne oder Töchter, leibliche oder adoptirte[83]); auch Enkel[84]),

81) Cit. loc. §. 7. Not. c. pag. 278.

82) Semestrium Lib. I. cap. 25. pag. 169.

83) *L.* 1. §. 2. *L.* 9. §. 2. *D. h. t.* In der letzten Stelle heißt es: Hoc SCtum et *ad filias quoque familiarum* pertinet. Nec ad rem pertinet, si adfirmetur, ornamenta ex ea pecunia comparasse. Add. *L.* 201. *D. de Verb. Signif.*

84) *L.* 14. *D. h. t.* Etiamsi verbis Senatusconsulti *filii* continerentur, tamen et *in persona nepotis* idem servari debere. — *L.* 6. §. 1. *Cod. eodem.* §. 7. *I. Quod cum eo, qui in aliena potestate.*

und zwar ohne Unterschied des Standes und der Würde[85]), sofern nämlich die Würde nicht eine solche ist, welche von der väterlichen Gewalt befreiet[86]). Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Schuldner im Augenblick der Numeration des Geldes noch in der väterlichen Gewalt gewesen sey. Denn war dem Sohne zwar noch während der väterlichen Gewalt ein Darlehn versprochen, er hat solches aber erst zu der Zeit vom Gläubiger erhalten, wo er schon **sui iuris** geworden war, so findet das Macedonianische Senatusconsult auf ihn keine Anwendung mehr[87]).

II. Das Senatusconsultum geht nur auf baaren Geldcredit, nicht auf andere Arten der Contracte und Darlehne. Also nicht auf Kauf, Tausch oder Miethcontract; auch nicht auf ein Getreidedarlehn, noch Bürgschaft[88]). Es muß nur aber freylich ein sonst erlaub-

85) *L.* 1. §. 3. *D. h. t.* In filiofam. nihil dignitas facit, quominus SCtum Macedonianum locum habeat.

86) *Nov. LXXXI. cap.* 1. *et* 2. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

87) *L.* 3. §. 4. *D. h. t.* Si a filiofam. stipulatus sim, et patrifam. facto crediderim, sive capite deminutus sit, sive morte patris, sive alias sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus, debet dici cessare Senatusconsultum: quia mutua iam patrifamilias data est. — *L.* 4. *D. eodem.* Quia, quod vulgo dicitur, filiofamilias credi non licere, non ad verba referendum est, sed ad numerationem.

88) *L.* 3. §. 3. *D. h. t.* Is autem solus SCtum offendit, *qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit*: non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit, vel alio modo contraxit. Nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est: et ideo etsi in creditum abii filiofam. vel ex causa emtionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, et si stipula-

tes Geschäft nicht in fraudem legis geschlossen worden seyn, um den Zweck des Gesetzes zu vereiteln. Dahin gehört z. B. wenn man einem filiusfamilias Getreide vorlehnt, oder Waaren verkauft, und zwar in der Absicht, um sich durch deren Verkauf oder Verpfändung baar Geld zu verschaffen, und solches als ein Darlehn zu gebrauchen [89]). Man nennt ein solches verschleiertes Geldanlehn mit einem barbarischen Namen *contractus mobatrae* [90]). Daß in solchen Fällen, wo in fraudem legis gehandelt worden, das Senatusconsultum dennoch Anwendung finde, sagen nun zwar die Gesetze ausdrücklich [91]). Da jedoch im Zweifel

tus sim, licet coeperit esse mutua pecunia, tamen, quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat Senatusconsultum. — *L.* 7. *pr. D. eodem.* Item si filiusfamilias *fideiusserit*, NERATIUS cessare Senatusconsultum ait.

89) Ueber die Kunstgriffe, welche gewinnsüchtige Gläubiger in fraudem SCti anzuwenden pflegen, vergleiche man Götz Beyträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit. 1. Bd. Nr. XVIII. S. 356. ff.

90) Der Ausdruck *mobatra* kommt aus dem Spanischen her, und bezeichnet ursprünglich einen simulirten Kauf. S. *Casp.* ZIEGLER Diss. de mohatra contractu. *Vitebergae* 1663. §. 29. und *Sam.* STRYCK de cautel. contractuum Sect. II. cap. 1. §. 31.

91) *L.* 3. §. 3. *in fin. D. h. t.* Quod ita demum erit dicendum, *si non fraus Senatusconsulto sit cogitata*, ut, qui credere non potuit, magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem. — *L.* 7. *pr. D. eodem.* Sed JULIANUS adjicit, si color quaesitus sit, ut filiusfam. qui mutuam accepturus erat, fideiuberet, alio reo dato, *fraudem Senatusconsulto factam nocere:* et dandam exceptionem tam filiofamilias, quam *reo*, quoniam et fideiussori filii subvenitur. (Unter dem Ausdruck *reus* soll hier kein anderer, als

nicht vermuthet wird, daß bey einem an sich erlaubten Geschäft eine rechtswidrige Intention obgewaltet habe [92]); so muß in einem solchen Falle, wo der Beklagte vorschützt, daß das Geschäft, aus welchem geklagt worden, nur zum Schein gebraucht, die wahre Absicht aber auf ein Geldanlehn gerichtet gewesen sey, demselben billig der Beweis aufgelegt werden [93]).

Wenn man nun aber gleich, außer diesen Fällen, lediglich bey den Worten des Gesetzes stehen bleiben muß, wornach es nur von Darlehnen gilt, welche in baarem Gelde gemacht werden, ohne eine weitere Ausdehnung desselben zu gestatten [94]); so wird es doch häufig durch provinzial- und academische Gesetze auch auf solche Schulden ausgedehnt, die blos zur Ueppigkeit und Schwelgerey gemacht worden sind, z. B. Wein- und Conditorschulden [95]). Auf keine Weise kann jedoch das Gesetz auf den Fall angewendet werden, da die Schuld ursprünglich nicht aus einer

intercessor oder fideiussor verstanden werden, wie Pothier in Pandect. Iustin. h. t. Nr. II. not. b. bemerkt.) — §. 3. *eiusd. L.* 7. **Mutui dationem** non solum numeratae pecuniae, verum omnium, quae mutuo dari possunt, an accipere debeamus videndum? Sed verba videntur mihi ad *numeratam pecuniam* referri: ait enim Senatus, MUTUAM PECUNIAM DEDISSET. Sed si *fraus* sit Senatusconsulto adhibita, puta frumento, vel vino, vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia *subveniendum est filiofamilias.*

92) *L.* 14. §. 5. *D. Qui et a quibus manumissi.*

93) S. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 63. S. 217.

94) S. Webers angef. Entwickelung §. 96. S. 422.

95a) S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12.

Geldanleihe herrührt, sondern durch Novation in eine solche verwandelt worden ist [95]). Klar ist die Verordnung der Kr. Sever und Antonin *L.* 3. *Cod. ad SCtum Macedon.* Si filiusfamilias aliquid mercatus, pretium stipulanti venditori cum usurarum accessione spondeat: non esse locum Senatusconsulto, quo foenerare filiisfamilias est prohibitum, nemini dubium est. *Origo enim potius obligationis, quam titulus actionis considerandus est.*

§. 900.

Findet eine Entsagung des Macedon. Senutusconsults Statt?

Obwohl das Macedonianische Senatusconsult eigentlich nicht zu den verbietenden Gesetzen gehört [96]), wie ganz klar daraus erhellet, weil dem Gläubiger blos die Klage versagt [97]), übrigens aber die aus einer solchen Anleihe vorhandene natürliche Verbindlichkeit nicht nur von den Gesetzen anerkannt, sondern auch dem Gläubiger nachgelassen wird [98]), solche durch Compensation, oder Retention, und überhaupt vertheidigungsweise sowohl vor Gericht, als außergerichtlich geltend zu machen [99]); so kann doch der

95b) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

96) S. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 88. S. 366. ff.

97) In dem §. 7. I. *Quod cum eo, qui in aliena pot.* wird zwar gesagt: Senatusconsultum *prohibuit* mutuas pecunias dare eis, qui in potestate parentis sunt; allein die folgenden Worte: et ei, qui credidit, *denegatur actio* zeigen, wohin der Sinn eigentlich geht.

98) *L.* 10. *D. de Senat. Maced.*

99) *L.* 6. *D. de compensat.* Anderer Meinung ist zwar Vinnius Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 40. Allein man sehe Weber's

filiusfamilias demselben während der väterlichen Gewalt nicht gültig entsagen, weil es nicht sowohl zu Gunsten der Söhne, sondern vorzüglich zum Besten der Väter, und aus Haß gegen die Wucherer zur Bestrafung derselben gemacht worden ist. Ob aber nicht wenigstens in dem Falle die Entsagung für den Sohn verbindlich sey, wenn sie mit einem Eide bekräftiget worden, ist streitig. Die meisten Rechtsgelehrten[100]) läugnen dieses nicht ohne Grund, weil durch den Eid kein Geschäft, das an sich ungültig ist, gültig und verbindlich werden könne[1]). Wollte man einem solchen Eide verbindliche Kraft beylegen, so würde dadurch der Zweck des Gesetzes gänzlich vereitelt werden, und der Eid das beste Mittel seyn, in frautem legis handeln zu können. Auch das canonische Recht begünstige einen solchen Eid nicht, sondern stelle die allgemeine Regel auf[2]): *Non est obligato-*

Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 6. Betrachtung S. 53. ff.

100) *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 10. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. eod. §. 27. Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Not. 4. Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 171. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 156. Fratr. Becmannorum Consil. et Decision. Tom. I. Decis. 13. nr. 14. Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. memb. 2. §. 21. Hofacker Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4135. Malblank Princip. iuris Rom. P. II. §. 509. Weber syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 122. S. 539. Günther Princip. iuris Rom. privati nov. §. 1016. not. h. und Thibaut Syst. des Pandectenrechts 1. B. §. 376. S. 280.

1) *L.* 7. §. 16. *D. de pact.* *L.* 5. §. 1. *Cod. de Legib.*

2) *Cap.* 58. *de Reg. iuris in 6to.*

rium contra bonos mores praestitum iuramentum. Allein so erheblich auch diese Gründe sind, so behaupten dennoch mehrere berühmte Rechtsgelehrten [3]), daß jene Meinung wenigstens den Vorschriften der neuern Gesetze nicht entspreche, welche dem SCto Macedoniano billig vorzuziehen wären. Denn sollen nach der Auth. *Sacramenta puberum* Cod. Si adversus venditionem sogar die Contracte der Minderjährigen auf keine Weise angefochten werden können, wenn sie mittelst eines Eides bekräftiget worden sind, ohne auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit derselben Rücksicht zu nehmen, wenn nur der Eid ohne Zwang und Betrug geleistet worden ist; so könne es auch einem Familiensohne für seine Person nicht freystehen, sich auf das Macedonianische Senatusconsultum zu berufen, wenn er die Wiederbezahlung der Anleihe demjenigen, der ihm in gutem Glauben creditirte, mittelst eines körperlichen Eides versprochen, oder sich auch mittelst eines solchen Eides der Wohlthat des Senatusconsults förmlich begeben hat. Ueberdem sey ja die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners aus dem contrahirten Gelddarlehn durch das Macedonianische Senatusconsult nicht ganz vernichtet worden, sondern werde selbst von den Gesetzen noch als fortdauernd anerkannt [4]). Der Eid könne also hier allerdings

3) *And.* FACHINAEUS Controv. op. Lib. II. cap. 62. in fin. CARPZOV Decision illustr. P. III. Decis. 256. STRYCK de cautelis contract. Sect. II. Cap. I. §. 15. *I. H.* BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 11. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 334. von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XXIV. S. 386. ff. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. V. §. 19. in fin.

4) *L.* 9. §. 4. *et* 5. *L.* 10. *D. h. t.*

als Mittel dienen, die Erfüllung derselben zu sichern, da nach den neuern Verordnungen des canonischen Rechts auch sogar eine an sich ungültige Handlung durch eidliche Bestärkung wirksam und gültig gemacht werden könne [5]). Ob nun wohl die Vertheidiger dieser Meinung selbst zugeben, daß eine solche Begebung nur sodann von rechtlicher Wirkung seyn könne, wenn nach aufgehobener väterlichen Gewalt der Sohn sich im Stande befindet, aus eigenen Mitteln oder Erwerb diejenige an sich rechtmäßige Schuld zu bezahlen, wozu er sich durch einen feyerlichen Eid zu der Zeit, da er sich noch unter der väterlichen Gewalt befand, verbindlich gemacht hatte; so steht doch dieser Meinung noch immer der sehr wichtige Grund entgegen, daß es hier nicht blos dem Interesse des Sohns gilt, sondern der Staat selbst dabey interessirt ist, dem der Geldcredit der Söhne wegen der verderblichen Folgen desselben nicht gleichgültig seyn kann. Der Staat fühlte unmittelbar und zunächst die Nachtheile des hieraus entstehenden Sittenverderbs; sahe die Gräuelthaten, wozu Schwelgerey und Schuldenlast ausgeartete Söhne vermocht hatte [6]); sahe die Zer-

5) *Cap.* 28. X. *de iureiur. cap.* 2. *de pactis in 6to.* Die Päpste entscheiden hier nach demselben Grundsatz, der auch vom Kaiser Friedrich in der angef. Authentica anerkannt ward. S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 16. S. 61. f.

6) Eine der Gräuelthat des Macedo vorausgegangene Scene enthält die Rede des Cicero *pro Sexto Roscio*, wo er cap. 22. sagt: Patrem occidit ROSCIUS: qui homo? adolescentulus corruptus. — LUXURIES *igitur hominem nimirum, et* AERIS ALIENI MAGNITUDO, *et* INDOMITAE ANIMI CUPIDITATES *ad hoc* SCELUS *impulerunt.*

rüttung des Wohlstandes, und häußlichen Glücks seiner Bürger. Diese allerdings wichtigen und schweren Folgen forderten laut die Gesetzgebung auf, den Ausschweifungen der Familiensöhne ein Ziel zu stecken. Und ein solches Gesetz, welches, wie Ulpian[7]) sagt, verhüten soll, **ne materia peccandi malis moribus praestetur**; ein Gesetz, dessen Hauptgrund, wie Justinian[8]) noch hinzufügt, darin gesetzt wird, ***quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentum insidiabantur***; ein Gesetz, welches deswegen den Gläubigern zur Strafe die Klage versagt, sollte durch Mißbrauch des Eides unwirksam gemacht werden können? Der Eid sollte hier das Mittel werden, eine **turpis causa** des Wucherers zu decken? Gewiß einen solchen Eid nimmt auch selbst das canonische Recht nicht in Schutz[9]). Darin stimmen jedoch alle überein, daß eine solche Begebung wenigstens den Rechten des Vaters auf keinen Fall nachtheilig seyn könne. Hätte daher der Sohn dennoch von dem seiner Disposition nicht unterworfenen Vermögen die Schuld bezahlt, so kann der Vater das noch vorhandene Geld vindiciren, das consumirte aber durch die **condictio sine causa** abfordern[10]); gesetzt auch, daß das Geld dem Sohne von einem Dritten wäre geschenkt worden, wenn es ihm nämlich nicht ausdrücklich unter der Bedingung geschenkt war, den Gläubiger damit zu befriedigen, sondern das Geschenk blos ein Pecu-

7) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

8) §. 7. *I. Quod. cum eo, qui in aliena pot. est.*

9) *Cap.* 27. X. *de iureiur.*

10) *L.* 3. §. 2. *D. h. t.*

lium ward, welches der Sohn zum Nachtheil des Vaters nicht veräußern konnte. So lehrt Ulpian *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* wenn er sagt: Si *ab alio donatum sibi pecuniam* filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? Et ait *Iulianus*, si quidem hac conditione ei donata sit pecunia, *ut creditori solvat*, videri a donatore profectam protinus ad creditorem, et fieri nummos accipientis: si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse, et ideo, si solverit, *condictionem patri ex omni eventu competere.* Diesem Gesetz scheint nun zwar die aus dem nämlichen *libro* 29. *Ulpiani ad Edictum* genommene *L.* 14. *D. de reb. credit.* zu widerstreiten, wo es heißt: Si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur: sed si fuerint *consumti* a creditore nummi, *Marcellus* ait, *cessare condictionem:* quoniam toties condictio datur, quoties ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset, in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra Senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem. Cujaz[11]), Anton Faber[12]) und Noodt[13]) glauben sogar, der Widerspruch zwischen beyden Stellen sey so offenbar, daß hier jeder Versuch einer Vereinigung vergeblich sey. Denn Marcellus, ein Proculianer, wäre, wie Emund Merillius[14]) bemerkt, in seinen No-

11) Observation. Lib. XIV. cap. 35.

12) Rational. in Pand. ad L. 14. D. de reb. credit.

13) Commentar. ad. Dig. h. t. pag. 343.

14) Commentar. ad Tit. Pand. de reb. cred. ad L. 14. cit. (in *Ev.* Ottonis *Thes. Iur. Rom.* T. III. pag. 670.)

ten über Julian, welcher bekanntlich zur Secte der Sabinianer gehörte, hierin ganz anderer Meinung gewesen. Doch meint Anton Schulting[15]), Ulpian scheine nicht undeutlich dem Marcellus beyzustimmen. Allein da man ohne Noth keinen Widerspruch annehmen darf, Ulpian auch eben so wenig die eine, als die andere Meinung verwirft; so kommen die meisten Ausleger[16]) darin überein, daß Marcellus Meinung blos von dem Falle zu verstehen sey, wenn der Gläubiger das von dem Sohne empfangene Geld in guten Glauben consumirt hat. Hier fällt dann die Zurückforderung aus dem Grunde weg, weil durch eine bonae fidei consumtio nur in dem Falle eine Condiction begründet wird; wo durch Numeration des Geldes eine Klage hätte entstehen können, wenn dadurch das Eigenthum auf den Empfänger desselben übergegangen wäre. In dem gegenwärtigen Falle aber hätte auch dann keine Klage begründet werden können, wenn gleich der Sohn das Eigenthum des Geldes gleich anfangs z. B. dadurch, daß er von einem seiner Disposition unterworfenen Vermögen, oder mit Willen des Vaters die Schuld bezahlte, auf den Gläubiger gebracht hätte, weil er nicht in der Absicht zahlte, um den Empfänger verbindlich zu machen, sondern um sich seiner Verbindlichkeit, von welcher ihn das Senatusconsult keinesweges freyspricht, gegen seinen

15) Thes. controversar. Decad. Dec. LIV. Th. 9.

16) *Guil.* Barclaius ad Tit. Pand. de reb. cred. ad L. 14. cit. (in *Thes. Otton.* c. l. pag. 856.) *Iul.* Pacius Legum conciliatar. Centur. III. Qu. 65. *Io.* Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 9. Boeckelmann Antinom. iur. Assert. 98. *Pet.* Müller ad *Struvium* Exerc. XVIII. Th. 34. not. β. p. 1176. Pothier Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XV. pag. 416.

Gläubiger zu entledigen. Nach dieser Erklärung versteht man dagegen **Julians** Meinung *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* blos von dem Falle, wenn der Gläubiger das Geld mala fide empfing, wohl wissend, daß der Sohn von des Vaters Gelde zahlte, worüber ihm keine Disposition zustand. Hier sey die Condiction, nämlich die condictio furtiva, auf jeden Fall (ex omni eventu) begründet, das Geld sey bey dem Gläubiger noch vorhanden, oder nicht. Allein auch diese Erklärung, wenn man sie näher prüft, läßt sehr erhebliche Zweifel übrig, wie schon **Anton Faber**[17]) gezeigt hat. **Julian** unterscheidet ja in der *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* nur die zwey Fälle, ob das Geld dem Sohne von einem Andern ausdrücklich zu dem Zweck, den Gläubiger damit zu bezahlen, war geschenkt worden, oder nicht. Im letzten Falle soll dem Vater eine Condiction schlechterdings, und zwar aus dem Grunde zustehen, weil hier der Sohn keine Befugniß zu alieniren hatte. Es kann also in Absicht auf das Recht des Vaters durchaus von keinem entscheidenden Einfluß seyn, in welcher Meinung der Gläubiger das Geld von dem Sohne empfing, mit welchem ihm derselbe zu zahlen nicht berechtiget war. Vielmehr läßt sich theils aus dem vom **Marcell** angeführten Grunde, theils aus dem Zusammenhange der *L.* 14. *D. de reb. credit.* mit den unmittelbar vorhergehenden Fragmenten schließen, daß in der *L.* 14. eigentlich von der *condictio certi ex mutuo* die Rede sey. Nimmt man diese Erklärung an, worin uns **Hartmann Pistoris**[18]), **Wolfgang Adam Lauterbach**[19]) und **Samuel**

17) Rational. in L. 14. D. de reb. credit.

18) Quaest. iuris. Lib. III. Qu. 20. nr. 13.

19) Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 22.

von Cocceji[20]) vorangegangen sind; so fällt nun aller Widerspruch zwischen *L.* 14. *cit.* und *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* hinweg, und der Sinn beyder Stellen in ihrem Zusammenhange wäre der, daß der Vater das von seinem Sohne widerrechtlich bezahlte Geld, wenn es der Gläubiger consumirt hat, zwar auf jeden Fall, der Empfänger sey in bona oder mala fide gewesen, mit der condictio sine causa, auf keine Weise aber mit der condictio certi ex mutuo zurückfordern könne, weil die letztere Klage nur dann aus einer in gutem Glauben geschehenen Consumtion des Geldes entstehen kann, wenn dieselbe entstanden wäre, wofern gleich Anfangs das Eigenthum desselben auf den Empfänger wäre übertragen worden, welches aber hier der Fall nicht ist, wenn der Sohn ein aufgenommenes Geldanlehn wieder bezahlt hat. Eben so wenig würde aber auch, wie Ulpian *L.* 9. *cit.* noch hinzufügt, die condictio indebiti in dem Falle Statt finden können, da die Zahlung von dem Sohne aus Irrthum geschehen ist, weil diese Klage überhaupt wegfällt, wo die Gesetze den Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht ganz befreien, sondern ihm nur gegen die Klage des Gläubigers zur Strafe desselben eine Einrede geben[21]).

§. 901.

Auch eine stillschweigende Anerkennung der Schuld nach aufgehobener väterlicher Gewalt schließt das Macedonianische Senatusconsultum aus.

Da das Macedonianische Senatusconsultum nur dem Gläubiger, ihm zur Strafe, das Klagerecht abspricht,

20) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 13.

21) *L.* 19. *pr.* *L.* 40. *pr.* *D. de condict. indeb.*

ohne deswegen die Verbindlichkeit des Schuldners, zu dessen Gunsten, aufzuheben[22]); so steht dem Sohne, wenn er dennoch die Schuld bezahlt hat, keine Zurückforderung zu, er habe aus Irrthum gezahlt, oder nicht[23]). Diese wird ihm sogar auch in dem Falle versagt, wo der Vater das von seinem Sohne widerrechtlich bezahlte Geld zurückzufordern befugt gewesen wäre, wenn nämlich der Vater noch vor der Zurückforderung stirbt, und der Sohn sein Erbe wird[24]). Denn da letzter das Anlehn selbst empfangen, und durch Bezahlung desselben nur eine Schuld anerkannt hat, von welcher ihn das Gesetz ohnehin nicht freysprach; so würde ihm mit Recht die exceptio doli entgegengesetzt werden können, wenn er als Erbe die Rechte seines verstorbenen Vaters geltend machen wollte[25]). Eine bloße Anerkennung der Schuld, ohne wirklich erfolgte Bezahlung derselben, ist jedoch während der väterlichen Gewalt ohne Wirkung[26]). Hätte daher der Sohn die Schuld nicht ganz, sondern nur einen Theil derselben

22) S. *de* Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 7.

23) *L.* 9. §. 4. *D. h. t.* Sed et ipse filius (sc. *perpetua exceptione tutus est*) et tamen non repetit: quia hi demum solutum non repetunt, *qui ob poenam creditorum actione liberantur*, non quoniam *exonerare eos* lex voluit. Add. *L.* 40. *pr. D. de condict. indeb.*

24) *L.* 26. §. 9. *D. de condict. indeb.* Filiusfamilias contra Macedonianum mutuatus si solverit, et patri suo heres effectus, velit vindicare nummos, *exceptione summovebitur a vindicatione nummorum.*

25) S. *Ant.* Fabri Rational. in L. 14. D. de reb. credit.

26) *Hug.* Donellus Commentar. iuris civ. Lib. XII. cap. 28. pag. 617. in fin. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. p. 343.

bezahlt, so kann er sich wegen des Ueberrests immer noch auf das Senatusconsultum berufen, wenn er auch erst belangt werden sollte, nachdem er sui iuris geworden ist[27]). Dahingegen verhält sich die Sache ganz anders, wenn die Anerkennung von dem Schuldner erst nach seiner Befreiung aus der väterlichen Gewalt geschieht. Hier ist sie gültig, und kann nicht nur I) ausdrücklich geschehen, wenn der Schuldner die Bezahlung des während der väterlichen Gewalt contrahirten Geldanlehns nochmals verspricht, es geschehe nun entweder durch Stipulation, in der Absicht, an die Stelle der alten Verbindlichkeit eine neue zu setzen[28]), oder ohne Stipulation durch ein bloßes Constitutum[29]); denn hierzu ist das Daseyn einer bloß natürlichen Verbindlichkeit schon hinreichend[30]); sondern sie kann auch II) stillschweigend geschehen, und zwar 1) sofern sich der Schuldner nicht durch Protestation verwahrt, in Ansehung der ganzen Schuld, a) wenn er mit der Bezahlung der Schuld den Anfang macht. **Ulpian** sagt ausdrücklich *L.* 7. §. 16. *D. h. t.* Si paterfamilias factus solverit partem debiti, *cessabit Senatusconsultum:* nec solutum repetere potest. Der Sinn dieser Stelle ist nämlich nach der richtigern Erklärung der-

27) S. *Pet. Frid.* IOPPERT Diss. de mutuo a filiofamilias sui iuris facto tacite agnito. *Goettingae* 1771. §. 5.

28) *L.* 2. *Cod. h. t.* Zenodorus, si — suae potestatis constitutus *novatione facta* fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum: non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est.

29) §. 9. *I. de actionib.*

30) *L.* 1. §. 6. *et* 7. *D. de constituta pecun.* verbunden mit *L.* 10. *D. h. t.*

selben folgender: wenn der Schuldner, nachdem er von der väterlichen Gewalt befreyet worden, einen Theil der während derselben gemachten Schuld bezahlt hat, so kommt ihm, wenn er nachher wegen des Rückstandes von dem Gläubiger belangt wird, das Macedonianische Senatusconsultum nicht weiter zu Statten; er kann auch eben so wenig das bereits Bezahlte wieder zurückfordern. Die Worte *cessabit Senatusconsultum* beziehen sich also offenbar auf den noch unbezahlten Theil der Schuld. Denn blos in Ansehung desselben konnte die Frage entstehen, ob das Senatusconsultum noch Statt finde oder nicht, weil dieses Gesetz dem Schuldner blos eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers, aber keine Zurückforderung des bereits Bezahlten verstattet. Daher fügt Ulpian noch die Worte hinzu: *nec solutum repetere potest*, welche auf den bereits bezahlten Theil der Schuld gehen. Ganz unverkennbar ist demnach in den Worten Ulpians der Satz ausgesprochen, daß durch Bezahlung eines Theils der Schuld die ganze Schuld anerkannt werde, und daher das Macedonianische Senatusconsult hier schlechterdings wegfalle, wenn diese Anerkennung von dem Schuldner nach Aufhebung der väterlichen Gewalt geschehen ist. So erklären diese Stelle auch die berühmtesten Rechtsgelehrten, unter denen ich hier nur einen Anton Faber[31]), Hugo Donellus[32]), Gerh. Noodt[33]), Johann Voet[34]), Anton Schul-

31) Rational. in Pand. ad L. 7. §. 16. D. h. t.

32) Commentar. iuris civ. Lib. XII. cap. 28.

33) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 342. §. *At non tantum*.

34) Comm. ad Pand. h. t. §. 8.

ting[35]), Batholom. Chesius[36]), Peter Müller[37]) und Samuel von Cocceji[38]) nennen will. Demohngeachtet sind viele Rechtsgelehrten[39]) anderer Meinung, welche die angeführte Stelle Ulpians blos von dem bezahlten Theile der Schuld erklären, wegen des Rückstandes aber dem Schuldner dennoch die Einrede des Macedonianischen Rathschlusses verstatten wollen. Allein diese Meinung ist schon von Andern[40]) so gründlich widerlegt

35) Thes. controv. Decad. LIV. Th. 8.

36) Interpretat. iuris Lib. I. cap. 43.

37) Ad Struvii Synt. iur. civ. Exercit. XX. Th. 57. not. t.

38) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 12.

39) Connanus Commentar. iur. civ. Lib. VII. c. 2. nr. 8. Bachov ad *Treutlerum* Vol. I. Diss. XX. Th. 8. lit. A. et B. Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XXVII. §. 72. Manz Comm. ad §. 7. I. Quod cum eo, qui in alien. pot. n. 35. Struv Synt. iuris civ. Exerc. XX. Th. 57. Beyer Delineat. iuris civ. sec. Pand. h. t. Posit. 12. Ziegler Diss. de SCto Macedoniano. Cap. II. Th. 19. in eius *Disceptat. select.* Them. XVI. p. 540. Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 9. Westenberg Princip. iuris Rom. sec. ord. Pand. h. t. §. 19. Nr. III. Reinold Diss. ad SCtum Macedonianum. Cap. III. §. 2. Berger Resolut. LL. obstant. h. t. Q. 5. u. a. m.

40) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. *Franc.* Alef Diss. de SCto Macedoniano Cap. V. §. 76 — 89. in eius *Dieb. academ.* pag. 386. sqq. *Pet. Fried.* Joppert Diss. de mutuo a filiofam. sui iuris facto tacite agnito. *Goett.* 1771. §. 13. sqq. Phil. Jac. Heisler Erörterung der Frage, ob eine Person, so unter väterlicher Gewalt Geld erborget, nach der Entledigung von solcher Gewalt aber etwas davon bezahlt, auch den Rückstand zu bezahlen schuldig sey? in Desselben jurist. Abhandlungen 2. Samm. Nr. VI. Gebr. Overbeck

worden, daß fast nichts mehr hinzuzufügen übrig ist. Man darf in der That nur den vorhergehenden §. 15. der *L. 7. h. t.* lesen, so wird man sich schon von der offenbaren Unrichtigkeit jener Erklärung vollkommen überzeugen. Es heißt nämlich daselbst: Hoc amplius *cessabit Senatusconsultum*, si pater *solvere coepit*, quod filiusfamilias mutuum sumserit: *quasi ratum habuerit*. Ulpian sagt hier vom Vater, daß wenn er mit Bezahlung des von seinem Sohne während der väterlichen Gewalt aufgenommenen Darlehns den Anfang gemacht hat, ihm nachher das Macedonianische Senatusconsult nicht weiter zu statten kommen könne, weil er durch diese Partialzahlung stillschweigend die ganze Schuld anerkannt habe. Hierüber ist kein Streit. Denn die Worte sind zu deutlich gefaßt, als daß sie einen Zweifel erwecken könnten. Das Nämliche wird nun aber gleich nachher auch von dem Sohne gesagt, wenn er selbst einen Theil an seiner unter der väterlichen Gewalt contrahirten Schuld, nachdem er sui iuris geworden, abgetragen hat. Auch hier heißt es: *cessabit Senatusconsultum*. Es muß also dieser Ausdruck nach einer richtigen Erklärung auch bey dem Sohne in eben dem Sinn, wie vorher beym Vater, genommen werden, weil sich gar kein vernünftiger Grund denken läßt, warum Ulpian den daselbst vorgetragenen Fall anders in Ansehung des Vaters, und anders in Ansehung des Sohns habe

Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. Band. Medit. 43. *Io. Ern. Bern.* EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. Tom. II. pag. 285. not. w. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. cap. II. membr. II. §. 16. pag. 78. und Franz Schöman Handbuch des Civilrechts 2. Band. S. 206. ff.

entscheiden wollen. Es liegt vielmehr in der Natur der Sache selbst der stärkste Grund, warum sich der Sohn in Ansehung des Schuldrückstandes eben so wenig, als der Vater, mit der Einrede des Macedonianischen Senatusconsultus gegen den Gläubiger weiter schützen könne; weil nämlich die Anerkennung der Zahlungsverbindlichkeit unmöglich blos auf den abschläglich bezahlten Theil der Schuld eingeschränkt werden kann, sondern sich nothwendig auf die ganze Schuld erstrecken muß, wenn nicht die Zahlung unter der ausdrücklichen Protestation geschehen ist, daß er sich dadurch zur Bezahlung des Uebrigen nicht habe verbindlich machen wollen. Non enim debet, sagt Paulus[41]), obligationem ex parte comprobare, ex parte tanquam de iniqua queri. Hätte Ulpian beym Sohne blos den Satz aufstellen wollen, daß nur die Rückforderung des gezahlten Theils der Schuld wegfalle, auf den Rest aber keine wirksame Klage durch die Stückzahlung begründet werde, so würden die Worte: *cessabit Senatusconsultum* entweder als ganz überflüßig da stehen, oder man müßte annehmen, daß Ulpian in dem Nachsatze: *nec solutum repetere potest*, das wieder modificirt hätte, was er aus Uebereilung im Vordersatze zuviel gesagt zu haben glaubte. Wie liese sich aber eine solche Erklärung, ohne dem Ansehen des römischen Juristen zu nahe zu treten, rechtfertigen? Der Partialzahlung ist b) in Rücksicht der Wirkung gleichzusetzen, wenn der Schuldner von dem während der V. G. aufgenommenen Geldanlehn nachher als Paterfamilias die Zinsen bezahlen. Denn da die Zinsen für den Gebrauch einer schuldigen Quantität gezahlt

41) *L. 39. in fin. de operis libertor.*

werden, so läßt sich hieraus eine Agnition der ganzen Schuld mit vollkommenem Grund ableiten[42]). Ein Gleiches findet c) Statt, wenn der Schuldner dem Gläubiger zur Sicherheit wegen einer während der V. G. contrahirten Schuld, nach erfolgter Befreiung aus derselben, einen Bürgen stellt[43]). Dahingegen ist 2) keine vollständige Anerkennung der Zahlungsverbindlichkeit auf Seiten des Schuldners in Ansehung der ganzen Schuld anzunehmen, wenn derselbe, nachdem er sui iuris geworden, dem Gläubiger in Rücksicht auf das während der väterlichen Gewalt contrahirte Geldanlehn blos ein Pfand gibt. Hier soll die Einrede des Macedonianischen Senatusconsultums nur in so weit wegfallen, als der Werth des Pfandstücks reicht. So lehrt Ulpian *L.* 9. *pr. D. h. t.* Sed si paterfamilias factus *rem pignori dederit*, dicendum erit, Senatusconsulti exceptionem ei denegandam *usque ad pignoris quantitatem*. Es ist hier eben so merkwürdig, als in Absicht auf die Erklärung wichtig, daß dieses Fragment, wie die Inscription desselben beweißt, aus eben dem *libro* 29. *Ulpiani ad Edictum* genommen ist, aus welchem auch die oben angeführte bestrittene *L.* 7. §. 16. *D. eod.* entlehnet worden, und es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß dasselbe mit dem angeführten §. 16. der *L.* 7. einen unmittelbaren Zusammenhang gehabt habe. Nun zeigen die Worte *Sed si* ganz unverkennbar einen Gegensatz an, und geben einen deutlichen Beweis, daß hier eine ganz andere Entscheidung

42) *L.* 4. *Cod. de non num. pecun.* Hoppert cit. Diss. §. 10. et 15.

43) S. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XII. cap. 28. pag. 616. Fromann Diss. de Senatusconsulto Macedoniano. §. 39.

eintrete, als in dem unmittelbar vorher §. 16. der *L.* 7. vorgetragenen Falle. Sie bestärken zugleich aufs neue die Richtigkeit der oben angenommenen Erklärung, daß die Worte *cessabit Senatusconsultum* in dem angeführten §. 16. gar keinen andern Sinn haben können, als daß eine Partialzahlung das Macedonianische Senatusconsultum ganz ausschließe, und daher die Einrede desselben auch wegen des Schuldrests nicht weiter Statt finden könne. Zwar läugnen diejenigen, welche dennoch das Gegentheil behaupten[44]), daß eine Nothwendigkeit vorhanden sey, den Worten *Sed si* gerade einen adversativen Sinn beyzulegen. Sie meinen, daß hier das Wort *et* einzuschalten, und daher *Sed et si* zu lesen sey[45]). Nicht nur diese Stelle sey es, sondern noch weit mehrere kämen in unsern Gesetzen vor, wo es der Zusammenhang nothwendig mache, daß man statt sed, *sed et* lesen müsse[46]). Wie leicht könnte nicht auch sed et in SET zusammengezogen worden seyn! es fehle wenigstens nicht an alten Handschriften, in welchen statt sed, *set* gelesen werde. Allein daß die florentinische Leseart, mit welcher auch fast alle Ausgaben der Pandecten übereinstimmen, hier keiner solchen Emendation bedürfe, leuchtet

44) Man sehe z. B. BACHOV ad *Treutlerum* c. l. und REINOLD cit. Diss. Cap. 3. §. 4.

45) Die Gegner hätten sich hier auf die Ausgabe des Petrus ab Area Baudoza Cestius berufen können, in welcher wirklich *Sed et si* gelesen wird.

46) Man führt hier die *L.* 5. §. *ult. D. ad L. Aquil.* vergl. mit *L.* 13. §. 4. *D. Locati;* ferner den §. 6. *I. de Interdict.* vergl. mit *L.* 1. §. 2. *D. de vi et vi arm.* Desgleichen die *L.* 9. §. 1. *D. de usufr.* und *L.* 4. §. 1. *D. de rer. divis.* als Beyspiele an.

in die Augen. Es fragt sich nur, warum gerade in dem Falle, da der Schuldner seinem Gläubiger ein Pfand gegeben hat, die Einrede des Macedonianischen Rathschlusses nur bis auf den Werth der zum Pfande gegebenen Sache dem Schuldner zu versagen sey; da doch die Vernunft eben so wenig Bedenken findet, aus einer solchen Pfandgebung eine Anerkennung der ganzen Schuld abzuleiten, als aus der abschläglichen Bezahlung eines Theils der Schuld. Denn das Pfand ist ja eine Accession der Schuld, und kann ohne eine Hauptschuld nicht gedacht werden; wer nun wegen einer solchen Schuld Sicherheit leistet, muß doch wohl die Existenz derselben anerkennen. Das Unterpfand ändert auch nichts in der Natur der Hauptverbindlichkeit, es mag seinem Werthe nach dem Betrage der Hauptschuld gleich seyn oder nicht. Wie kann also der Werth des Pfandes die Gränze bestimmen, wie weit der neue Paterfamilias seine Zahlungsverbindlichkeit anerkenne? Nur die freie und unbedingte Uebergebung des Pfandes an und für sich ist diejenige Handlung, aus welcher die Anerkennung des Ganzen gefolgert wird, ohne daß ein höherer oder geringerer Werth des Unterpfandes den so wichtigen Einfluß einer Theilbarkeit bewirken mag. So sprechen Vernunft und Natur des Pfandes gegen **Ulpians** Entscheidung. Die Rechtsgelehrten[47]) haben nun zwar zur Rechtfertigung derselben mancherley Gründe angeführt; allein wie wenig

47) Man vergleiche *Ant.* Fabri Rational. in Pand. ad L. 9. pr. D. h. t. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. Donelli Comment. de iure civ. Lib. XII. cap. 28. Brunnemann Comment. ad Dig. pag. 639. Alef Diss. de SCto Macedon. Cap. V. §. 84. sqq.

dadurch das Problem aufgelößt sey, warum durch Gebung eines Unterpfandes die Schuld nur blos bis auf den Werth des Pfandes für anerkannt zu halten sey, hat Elsäßer[48]) hinlänglich gezeigt. Gerhard Noodt[49]) hält es daher für eine ganz vergebliche Mühe, den wahren Grund der Sache ausfindig zu machen. Denn es scheine Ulpians Entscheidung mehr auf einer bloßen Auctorität, als auf einem sichern Rechtsgrunde zu beruhen. Dem allen ohngeachtet zweifle ich keinen Augenblick daran, daß sich Ulpians Entscheidung vollkommen rechtfertigen lasse. Herr Hofr. Schöman[50]) glaubt zwar, Ulpians Fragment, welches allerdings etwas dunkel sey, könne nicht den Sinn haben, welchen man demselben gewöhnlich unterlegt, sondern es sey vielmehr so zu übersetzen:

> „Hätte aber der Darlehnsschuldner, als Hausvater, ein Pfandstück gegeben, so muß er sich nach gezahlter Schuld, wofür er es gegeben hatte, die Retention desselben auch in Betreff des Gelddarlehns noch gefallen lassen."

Allein ich trage Bedenken, ihm hierin beyzustimmen. Man kann allerdings zugeben, daß die Befugniß des Gläubigers, das Pfand auch für eine Schuld, wofür es nicht gegeben war, zu retiniren, schon vor der bekannten Constitution des Krs. Gordian *L. un. Cod. Etiam ob chirographar. pecuniam pignus teneri posse*, welche sonst gewöhn-

48) Gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 4. Bd. Nr. I. §. 8. ff.

49) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 343.

50) Handbuch des Civilrechts 2. B. S. 210. ff.

lich als die erste Quelle angeführt zu werden pflegt, zum Rechtsinstitut erhoben war[51]). Denn Gordians Verordnung ist ein Rescript. Daß aber die römischen Kaiser durch Rescripte in der Regel kein neues Recht einführten, sondern in denselben nur nach dem gemeinen Rechte entschieden, ist eine bekannte Wahrheit[52]). Schwerlich wird man sich indessen davon überzeugen können, daß Ulpian in der *L.* 9. *D. h. t.* an dieses Retentionsrecht des Pfandgläubigers wirklich gedacht haben sollte. Ohne zu berühren, wieviel in das Fragment hineingetragen werden müßte, um ihm jenen Sinn beyzulegen — der Sohn müßte, als Paterfamilias, das Pfand für eine neue Schuld gegeben haben — so lehrt ja der unmittelbare Zusammenhang dieser Stelle mit *L.* 7. §. 16. *D. eodem.* ganz augenscheinlich, daß hier blos die Frage davon sey, in wiefern durch eine nach der Befreiung aus der väterlichen Gewalt geschehene Anerkennung einer während derselben gemachten Geldschuld die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults ausgeschlossen werde. Nichts war natürlicher, als die Erörterung der zwey Fälle: a) wenn der Schuldner, als Paterfamilias, einen Theil an jener Schuld bezahlt, b) wenn er in Rücksicht einer solchen Schuld ein Pfand gegeben hat, welches aber von geringerem Werthe ist, als die Schuld beträgt. Von dem allen aber abgesehen, darf

51) Die *L.* 20. *D. Qui potior. in pign.* läßt sich allerdings, ohne ein solches Retentionsrecht des Gläubigers anzunehmen, nicht wohl erklären.

52) S. Püttmanni Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 14. p. 108. und Thibaut Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts §. 38.

man nur erwägen, daß sich die Einrede des Macedon. Senatusconsults wohl nicht anders denken läßt, als wenn der Gläubiger auf die Bezahlung des Darlehns klagt. Wenn hingegen der Gläubiger, ohne zu klagen, blos das Retentionsrecht an einem Pfande für eine andere Forderung, für welche ihm solches nicht gegeben war, ausübt, so kann zwar, wenn nach bezahlter Pfandschuld das Pfand vom Schuldner zurückgefordert wird, von einer demselben entgegenstehenden **exceptio doli mali**[53]), aber wohl nicht von einer dem Schuldner zustehenden **exceptio Senatusconsulti Macedoniani**, von welcher doch hier Ulpian ausdrücklich spricht, die Rede seyn. Alles erwogen, scheint mir noch immer die Erklärung des Voet[54]) die treffendste zu seyn, wenn er sagt, daß in der Pfandgebung die stillschweigende Protestation liege, der Schuldner wolle die Schuld weiter nicht anerkennen, als soweit der Werth des Pfandes zur Befriedigung des Gläubigers reicht. Das Pfand ist zwar freilich eine Accession der Schuld, und läßt sich ohne das Daseyn derselben nicht gedenken. Allein es verwandelt keine unwirksame Verbindlichkeit in eine klagbare, sondern läßt sie an und für sich auf ihrem Werthe beruhen. Wenn daher der Schuldner, nachdem er **sui iuris** geworden ist, in Rücksicht eines während der väterlichen Gewalt contrahirten Geldanlehns ein Pfand gibt, so ist zwar die Verpfändung an sich gültig, allein

53) *L. un. C. Etiam ob chirogr. pecun.* sagt: **Si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitor reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere** ***propter exceptionem doli mali*** **non cogeris.**

54) **Comm. ad Pand. h. t. §. 8.**

die Wirkung derselben kann sich ihrer Natur nach weiter nicht erstrecken, als daß der Gläubiger, bey unterbleibender Bezahlung der Schuld, das Pfand zu seiner Befriedigung veräußere. Der Schuldner hat sich also auch zur Befriedigung seines Gläubigers nicht weiter verbindlich gemacht, als soweit solche aus dem Werthe des Unterpfandes genommen werden kann. Reicht nun der Werth dazu nicht hin, so kann die Pfandgebung an sich wegen des Ueberrests der Schuld den Effect der Klage nicht mit sich führen. Mit dieser Erklärung stimmt auch der heutige Gerichtsgebrauch überein [55]).

§. 902.

Desgleichen Einwilligung und Genehmigung des Vaters.

Weil der Macedonianische Senatsschluß, wie bereits oben bemerkt worden ist, zugleich das Beste der Väter zum Zweck hat; so ist natürlich davon kein Gebrauch zu machen, wenn die Geldaufnahme vom Sohne mit des Vaters Einwilligung geschehen ist. Es kann sich daher so wenig der Vater, als der Sohn darauf berufen 1) wenn der Vater in das Geschäft entweder gleich Anfangs ausdrücklich gewilliget, oder solches wenigstens nachher genehmiget hat [56]). Nach einer neuern Verordnung des Krs. Justinian soll durch eine solche Genehmigung des

55) Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 12.

56) *L. 2. Cod. h. t.* Zenodorus, *si patris voluntate contraxit*, — non esse locum *decreto amplissimi ordinis*, rationis est. S. Donellus Commentarior. iuris civ. Lib. XII. cap. 27. pag. 614. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23. und Müller ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XX. Th. 57. not. μ. ν. et ξ.

Vaters das Geschäft rückwärts in allem Betracht vollgültig werden, eben so als ob der Vater gleich anfangs darein gewilliget hätte. **Sancimus**, sagt Justinian *L. ultima Cod. h. t.* **quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandatu filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constitueretur; ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse huiusmodi contractum: cum testimonium paternum respuere satis iniquum sit.** ***Necesse est enim patris ratihabitionem, vel principali mandato patris, vel consensui non esse absimilem: cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt.*** Es kann auch dem Gläubiger eine nachher erfolgte Willensänderung des Vaters zu keinem Nachtheile gereichen, wenn er, ohne davon Wissenschaft erhalten zu haben, dem Auftrage des Vaters gemäß das Darlehn dem Sohne ausgezahlt hat. Paulus sagt *L.* 12. *D. h. t.* **Si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus Senatusconsulto non erit:** ***quoniam initium contractus spectandum est.*** Uebrigens ist es wegen des leicht möglichen Betrugs, noch für keinen Beweis der väterlichen Einwilligung oder Genehmigung zu halten, wenn die Handschrift blos mit des Vaters Petschaft besiegelt[57]), wohl aber, wenn sie vom Vater selbst eigenhändig unterschrieben ist[58]).

57) *L.* 2. *Cod. de reb. alien non alienand.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

58) *L.* 1. § 4. *D. Quod iussu* et Arg. *L.* 56. §. 1. *D. de pignor. et hypoth.* HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 4136. Christ. Gottl. Gmelin von Aufsätzen

2) Wenn der Vater weiß, daß der Sohn Geld aufnimmt, und dazu schweigt, ohne dem Gläubiger seine Mißbilligung sofort ausdrücklich zu erkennen zu geben[59]), oder wenn er die Schulden seines Sohns schon öfters, ohne Widerspruch, bezahlt hat[60]). Denn hierdurch hat er stillschweigend in den Credit und fernern Credit des Sohns gewilliget. 3) Wenn der Sohn mit Einwilligung des Vaters Handlung treibt, und das Geldanlehn zum Behuf derselben aufgenommen hat[61]). Hier fällt das Senatusconsultum darum weg, weil die Einwilligung des Vaters zu vermuthen war, wenn nicht die Geldaufnahme dem Sohne ausdrücklich war untersagt worden, wie **Ulpian** lehrt *L.* 7. §. 11. *D. h. t.*[62]). Wäre der Sohn nur als Factor der Handlung vorgesetzt, und er hätte in dieser Qualität Gelder aufgeborgt, so behaupten zwar mehre=

über Verträge überhaupt, von Schuld= und Pfandverschreibungen insbesondere. §. 103. S. 220.

59) *L.* 12. *L.* 16. *D. h. t.* wo es heißt: debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis. S. Voet c. l. §. 4. in fin.

60) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIII. med. 2. Schaumburg Compend. iuris Dig. h. t. §. 5.

61) Struv Synt. iur. civ. Ex. XX. Th. 57. Wissenbach Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXVIII. Th. 31.

62) **Ulpian** sagt: Nam *si scit eum negotiari, etiam hoc permisisse videtur*, si non nominatim prohibuit merces accipere. *Ant.* Faber in Rational. in Pand. ad h. L. hält nicht ohne Grund die Worte *merces accipere* für fehlerhaft, und will dafür *pecuniam* accipere gelesen wissen. **Haloander** hat *mutuum accipere*. Mit dieser Leseart stimmt auch unser Cod. Pand. Erlang. überein.

re[63]), daß das Macedonianische Senatusconsult nur in Ansehung des Präponenten wegfalle, insofern gegen diesen die actio institoria begründet sey; der Sohn hingegen könne sich noch immer mit der Einrede jenes Senatusconsults schützen. Allein die angeführte *L. 7. §. 11. h. t.* unterscheidet vielmehr nicht undeutlich, ob der Vater selbst den Sohn seiner Handlung vorgesetzt hat, oder ob der Sohn einer fremden Handlung als Factor vorsteht. In dem ersten Falle sagt Ulpian: Locum esse Senatusconsulto. Scribit enim JULIANUS libro 12. ipsum quidem institorem *exceptione Senatusconsulti* usurum, si conveniatur: sed *institoriam actionem* adversus eum, qui praeposuit, competere. In dem letzten Falle hingegen behauptet Ulpian bestimmt das Gegentheil: Quamquam, sagt er, si *ipse pater* eum praeposuisset *merci suae*, vel peculiarem (sc. mercem) exercere passus esset, *cessaret Senatusconsultum*[64]). In allen diesen Fällen nun, wo die Geldaufnahme mit Einwilligung oder Genehmigung des Vaters geschehen ist, kann

63) VOET Comm. h. t. §. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4136. nr. III.

64) Mit dieser Erklärung stimmen auch die *Basilica* Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 4. Const. 2. p. 362. überein, wo es heißt *Ἐὰν ὑπεξούσιος ὁ προεστὼς δανείσηται· ὁ μὲν προστήσας αὐτὸν ἐνάγεται τῇ κατὰ τοῦ προστήσαντος κινουμένῃ ἀγωγῇ. αὐτὸς δὲ τὴν τοῦ δόγματος ἔχει παραγραφὴν, εἰ μὴ ὁ πατὴρ αὐτὸν τῆς ἰδίας προεστήσατο πραγματείας, ἠνέσχετο ἐν τῷ πεκουλίῳ αὐτὸν πραγματένεσθαι.* i. e. *Si filiusfamilias institor mutuam pecuniam acceperit, ille quidem, qui eum praeposuit, actione institoria convenitur: ipse vero Senatusconsulti exceptionem habet, nisi pater eum merci suae praeposuit, vel in peculio negotiari passus est.*

auch eine Verpfändung solcher Sachen, die dem Vater gehören, für eine solche Schuld gültig geschehen, und es wird auch kein Beweis einer nützlichen Verwendung erfordert. Es sind hier folgende Stellen merkwürdig.

L. 4. C. h. t. *Si permittente patre* filiofamilias pecuniam mutuam dedisti: Senatusconsulti potestas non intervenit, *et ideo persecutio pignoris, quod in bonis patris fuit, non denegabitur:* praesertim cum idem filius heres extiterit: modo si nullus alius iure conventionis vel ratione temporis et ordinis potior apparuerit.

L. 5. Cod. eodem. Sane si iussu patris datum mutuum probetur; *nec in quos usus versa sit pecunia, disquiri necesse est*, sed perpetua in patrem, etiam mortuo filio, est actio.

4) Wenn das Geld zum Besten des Vaters entweder unmittelbar verwendet worden, oder damit solche Ausgaben bestritten sind, welche dem Vater pflichtmäßig oblagen [65]). Daß der Sohn das Geld gleich Anfangs wirklich und namentlich zum Besten des Vaters aufnahm, ist nicht nöthig. Wenn er es auch für sich borgte, und es nur nachher zum Nutzen des Vaters verwendet hat; so findet das Senatusconsultum keine Anwendung. Folgende Gesetzstellen werden alles dieß hinlänglich bestärken.

L. 7. §. 12. D. h. t. Proinde si acceperit pecuniam, *et in rem patris vertit*, cessat Senatusconsultum: patri enim, non sibi accepit. Sed et si ab initio non sic accepit, *verum postea in rem patris vertit*, cessare

65) Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XII. cap. 27. p. 614. Verb. *Altera exceptio est* etc.

Senatusconsultum, libro 12. Digestorum IULIANUS ait: *intelligendumque ab initio sic accepisse, ut in rem verteret.* Non tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum [66]) solvit, et ideo, si pater ignoravit [67]), adhuc Senatusconsulto locus erit.

L. 2. Cod. eodem. Zenodorus si — *in eam rem* pecuniam accepit, *quae patris oneribus incumberet*, — non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est.

Es gehören hierher vorzüglich folgende Fälle. a) Wenn der Sohn, in der Entfernung von seinem Vater, zur Bestreitung der Studier- oder Legationskosten Geld aufgenommen, soviel ihm nämlich dazu nöthig war, und ihm der Vater gewöhnlich selbst zu schicken pflegte [68]).

L. 9. §. 13. D. h. t. Quod dicitur, in eo, qui studiorum causa absens mutuum acceperat, cessare Senatusconsultum, ita locum habet, si probabilem modum in mutuo non excessit: certe eam quantitatem, quam pater solebat subministrare.

66) Zwischen dem Vater und seinem noch unter der väterlichen Gewalt stehenden Sohne kann zwar keine bürgerlich vollgültige, aber wohl eine natürliche Verbindlichkeit Statt finden. *L. 50. ad SCt. Trebell. L. 16. D. de furt. L. 38. D. de condict. indeb.* Nahm also der Sohn zur Tilgung derselben Geld auf, so verwendete er solches blos zu seinem eigenen Gebrauche. S. *Ant.* FABRI Rational. in h. L.

67) Wußte der Vater, daß der Sohn das Geld geborgt hatte, womit er ihn bezahlte, so kann er sich nicht mehr mit der Einrede des Senatusconsults schützen.

68) S. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 103. S. 220. ff.

L. 5. *Cod. eodem.* **Macedoniani Senatusconsulti auctoritas petitionem eius pecuniae non impedit, quae filiofam.** ***studiorum vel legationis causa*** **alibi degenti, ad** ***necessarios sumtus***, ***quos patris pietas non recusaret***, **credita est.**

Wider ein solches Anlehn kommt weder dem Vater noch dem Sohne das Macedonianische Senatusconsultum zu Statten[69]); ja nach der Meinung vieler Rechtsgelehrten[70]) auch nicht einmal dann, wenn das zur Bestreitung nothwendiger Ausgaben aufgenommene Geld vom Sohne nachher verschleudert worden wäre. Allein nach einer richtigeren Theorie ist diese Meinung billig zu verwerfen[71]). Es wird vielmehr, wenn das Senatusconsultum ganz wegfallen soll, vorausgesetzt, daß die nützlich geschehene Verwendung erweislich sey. Die oben angeführte *L.* 5. *Cod. h. t.* läßt keinen Zweifel übrig, wenn man besonders damit *L.* 3. §. 9. *D. de in rem verso* verbindet. Man beruft sich zwar dagegen auf *L.* 47. §. 1. *D. de solutionib.* wo Marcian, in Beziehung auf die Auctorität des Scävola, sagt: **In filiofamilias** ***Macedonianum*** **cessare, si** ***in necessarias causas*** **filius mutuam pecuniam acceperit, et** ***eam perdiderit.*** Allein der ganze Zusammenhang dieser Stelle mit den vorhergehenden Worten, und die Vergleichung, welche hier Marcian zwischen einem Pupillen und einem Familiensohne anstellt, lehrt ganz deutlich, daß von

69) S. Thibaut System 1. Bd. §. 378.

70) Müller ad *Struvium* Exerc. XX. Th. 67. not. o. p. 1339. Voet Comm. h. t. §. 5. Frommann Diss. de SCto Macedon. §. 51.

71) Man sehe vorzüglich Donellus c. l. pag. 615.

einem solchen Falle die Rede sey, wo der Sohn das zu nöthigen Ausgaben, von welchen er den Vater dadurch befreiete, aufgenommene Geld zwar zweckmäßig verwendet, die damit angeschaffte Sache aber nachher zufällig wieder verloren hat. Hier soll dennoch das Macedonianische Senatusconsult wegfallen, weil der Vater doch noch immer insoweit **locupletior** ist, daß demselben durch die Geldaufnahme seines Sohns eine pflichtmäßige Ausgabe erspart wurde, wie Franz Florens[72]), und Robert Joseph Pothier[73]) dieses Fragment ganz richtig erklärt haben. b) Wenn der Sohn das Geld aufnahm, um eine gültige Schuld damit zu bezahlen, welche der Vater hätte bezahlen müssen. Ulpian sagt *L.* 7. §. 14. *D. h. t.* **Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summoveretur, Senatusconsulti cessabit exceptio.** c) Wenn der Sohn mit dem Gelde seine Schwester dotirte, welcher der Vater ein Heyrathsgut zu geben schuldig war. Diesen Fall führt Paulus *L.* 17. *D. h. t.* an, wo es heißt: **Filiusfamilias si in id acceperit mutuam pecuniam, *ut eam pro sorore sua in dotem daret*, pater eius de in rem verso actione tenebitur: ipsi enim, mortua in matrimonio puella, repetitio dotis datur**[74]). Keineswegs ist es jedoch

72) Tractat. ad Titulum Dig. et Cod. de solutionib. et liberat. ad L. 47. cit. in EIUS *Operib. iuridic.* cura *Ignat. Christph.* LORBER *a* STOERCHEN edit. Tom. II. (*Norimb.* 1756. 4.) pag. 494.

73) Pandect. Iustinian. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 3. Nr. XX. not. c. et d. pag. 354.

74) Man vergleiche noch *L.* 5. §. 8. *D. de iure dot.* und MÜLLER ad *Struvium* Ex. XX. Th. 57. not. o. Nr. III.

für eine versio in rem patris zu halten, wenn die Familientochter das erborgte Geld auf ihren Putz verwendet hat, oder das Geld noch baar in dem Peculium des Sohns vorhanden ist, wie Ulpian *L.* 9. §. 2. *D. h. t.* lehrt. Hoc Senatusconsultum et ad *filias* quoque *familiarum* pertinet. Nec ad rem pertinet, si adfirmatur, *ornamenta ex ea pecunia comparasse*: nam et ei quoque, qui *filiofamilias* credidit, decreto amplissimi ordinis actio denegatur: nec interest, consumti sint nummi, *an exstent in peculio*[75]). Mehrere Rechtsgelehrten[76]) glauben zwar, daß wenn das Geld sich noch baar in den Händen des Sohnes befindet, diesem wenigstens die Einrede des Senatusconsults nicht zu gestatten sey, weil die Billigkeit nicht erlaube, sich mit des Andern Schaden zu bereichern. Allein dagegen haben schon andere mit Recht erinnert, daß von dieser Regel der Billigkeit hier kein Gebrauch zu machen sey, wo das Gesetz dem Gläubiger zur Strafe die Klage versagt[77]).

75) Daß deshalb die actio de peculio auch gegen den Vater nicht begründet sey, lehrt *L.* 6. *Cod. h. t.* ausdrücklich. Zwar scheint *L.* 1. *Cod. Ne filius pro patre* entgegen zu streiten, wo es heißt: *Neque si contra Senatusconsultum Macedonianum mutua pecunia data* est, amplius quam *de peculio actionem* sustinere cogitur. Allein alle Schwierigkeit hebt sich, wenn man statt neque si vielmehr *neque ei* lieset. Man sehe *Herm.* Cannegieter Observat. iuris Rom. Lib. II. cap. 11. p. 184. sqq.

76) Voet Comm. h. t. §. 5. in fin. und *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu 9.

77) S. *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XII. cap. 25. §. *Et omnem hanc actionem* etc. pag. 609. *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad L. 9. §. 2. D. h. t. *Ger.* Noodt

Aus allem ergibt sich also so viel, daß nur die Einwilligung oder Genehmigung des Vaters, sie geschehe nun ausdrücklich oder stillschweigend, oder lasse sich unter Umständen vermuthen, das Macedonianische Senatusconsult ausschließe. Dahingegen sichert die Einwilligung der Mutter den Darleiher eben so wenig, als die Zustimmung des dem Sohn auf die Academie mitgegebenen Hofmeisters [78]).

§. 903.

Einrede des Macedonianischen Senatusconsults.

Das Macedonianische Senatusconsult gibt nur eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers. Diese Einrede gehört zu den dinglichen Exceptionen, welche auf der Sache haften, und steht daher nicht nur dem Sohne, sondern auch dem Vater, so wie auch beyder Erben zu [79]). Ob selbige auch dem Bürgen zu Statten komme, hat zwar bestritten werden wollen [80]). Allein für die bejahende

Comm. ad Dig. h. t. §. *Ut igitur apparet.* pag. 340. *Ev.* Otto Commentar. ad §. 7. I. Quod cum eo, qui inal. pot. est not. 4. Emminghaus ad *Coccejum* c. l. not. s. pag. 283. und Thibaut System des P. R. 1. Bd. §. 378.

78) S. Gasser select. Observat. for. Cap. VIII. Obs. 31. nr. 9. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXIII. medit. 6. *Io. Ge.* Brückmann Diss. de filiofam. in genere paciscente, in speciem mutuum contrahente. *Erf.* 1748. Cap. 2. §. 4. in fin.

79) *L.* 7. §. 10. *D. h. t.* Quamquam autem non declaret Senatus, cui exceptionem dat, tamen sciendum est, et *heredem filii*, si paterfamilias decesserit, et patrem ejus si filiusfamilias decesserit, exceptione uti posse.

80) S. *Io. Laur.* Drechsler Diss. de exceptione SCti Macedoniani fideiussoribus filiorumfamilias deneganda. *Altorfii* 1758.

Meinung sprechen so bestimmte Gesetze, daß es nur Zeitverlust seyn würde, bey dieser Controvers zu verweilen, wenn auch die seichten Gründe der verneinenden Meinung nicht schon von Andern[81]) zur Genüge wären widerlegt worden. Folgende Gesetzstellen sind hier ganz entscheidend.

L. 9. §. 3. *D. h. t.* Non solum filiofamilias, et patri eius succurritur: verum *fideiussori* quoque, et *mandatori* eius: *qui et ipsi mandati habent regressum*, nisi forte donandi animo intercesserunt. Tunc enim, *cum nullum regressum habeant*, Senatusconsultum locum non habebit.

L. 2. *D. Quae res pignori.* Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra Senatusconsultum creditum est: an his succurritur, quaeritur? Et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur, succurri ei: sicuti fideiussori mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo, *qui pro filiofam. rem suam obligavit*, eadem dicenda erunt, quae tractantur et *in fideiussore eius.*

L. 7. §. 1. *D. de exceptionib.* Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt: ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus

81) Vergl. *Io. Lud. Es.* Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 19. *Dan.* Nettelbladt Diss. sist. thesin: Exceptionem SCti Macedoniani etiam fideiussori pro filiofamilias competere. *Halae* 1785. *Car. Frid.* Walch Introd. in Controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. memb. II. §. 19. und Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 114. und §. 115.

causa factum est. — Idem dicitur, et *si pro filiofamilias contra Senatusconsultum quis fideiusserit.*

Wie hätte auch dem Gläubiger eine wirksame Klage gegen den Bürgen gegeben werden können, ohne zugleich diesem den Regreß gegen den Schuldner zu gestatten? Und was wäre denn nun für ein Unterschied, ob der Sohn dem Gläubiger, oder dem Bürgen zahlt? er wäre hierdurch ein gültiger Schuldner geworden, und das Senatusconsult durch die Annehmung eines Bürgen unwirksam gemacht [82]). Wo nun aber freylich jener Regreß wegfällt, kann das Senatusconsultum den Gläubiger nicht weiter hindern, sein Recht wider den Bürgen klagend zu verfolgen. Dieß ist der Fall, wenn letzterer animo donandi die Bürgschaft übernommen hat, das ist, wenn sich der Bürge dem Gläubiger eben dafür zu haften verpflichtet hat, daß wider ihn von der gerichtlichen Unwirksamkeit der Hauptschuld welche er kannte, kein Gebrauch gemacht werden solle [83]). Nach Ulpians Ausspruche haftet jedoch der Bürge auch dann, wenn er zwar nicht animo donandi, aber doch mit Einwilligung des Vaters intercedirte, weil hierdurch der Vater das ganze Geschäft genehmiget hat [84]).

82) S. *Ant.* Fabri Rational in Pand. ad L. 9. §. 3. h. t. *Io. Adolph* Schuberth Diss. de fideiussione pro filiofamilias mutuum contrahente invalida. *Lipsiae* 1723. und *Franc.* Alef Diss. de SCto Macedon. Cap. II. §. 23. et 24.

83) Webers angef. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. §. 113. S. 486. f.

84) *L.* 9. §. 3. *D. h. t.* Sed et si non donandi animo, *patris tamen voluntate* intercesserunt, *totus contractus a patre videbitur comprobatus.*

Außerdem ist die Bürgschaft für eine dem Macedonianischen Senatusconsult zuwider contrahirte Schuld dergestalt ungültig, daß auch nicht einmal nach dem Tode des Sohnes ein Bürge dafür gültig vom Vater gegeben werden kann, wie folgende Stelle beweißt:

L. **11.** *D. de fideiussorib.* **Qui contra Senatusconsultum filiofamilias crediderit: mortuo eo, fideiussorem e patre accipere non potest: quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet;** ***nec est ulla hereditas cuius nomine fideiussores obligari possent*** [85]**).**

Eben dieses bestätiget auch Venulejus *L.* **18.** *D. h. t.* wo er sagt: **Creditorem filiifamilias, mortuo eo, fideiussorem accipere non posse, IULIANUS scribit:** ***quia nulla obligatio aut civilis, aut naturalis supersit, cui fideiussor accedat.*** Hat jedoch der Bürge die Schuld bezahlt, so findet eben so wenig eine Zurückforderung Statt, als wenn der Sohn selbst gezahlt hätte. **Et hi tamen,** sagt Ulpian *L.* **9. §. 4.** *D. h. t.* **qui pro filiofamilias sine voluntate patris eius intercesserunt,** ***solvendo non repetent,*** wovon Paulus *L.* **10.** *D.* ***eodem*** den Grund angibt, ***quia naturalis obligatio manet.***

Noch entsteht die Frage, ob der Richter auch von Amtswegen auf diese Einrede Rücksicht nehmen, und

85) *Hug.* DONELLUS **Commentarior. de iure civ. Lib. XII. c. 25. §.** *Altera dubitatio*, **pag. 610.** bemerkt jedoch, daß nach der *Nov.* **118.** *cap.* **1.** ein Anders zu behaupten sey, nach welcher ein Sohn, der auch während der väterlichen Gewalt stirbt, einen wahren Erben hinterlassen kann. *Ant.* FABER **in Rational. ad L. 18. h. t.** widerspricht indessen dieser Meinung

die Klage des Gläubigers verwerfen könne, wenn gleich die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults nicht vorgeschützt worden ist. Hellfeld entscheidet diese Frage verneinend. Eben dieser Meinung ist auch Leyser[86]). Andere[87]) hingegen tragen kein Bedenken, jene Frage zu bejahen. Denn das Senatusconsultum sey in solchen Ausdrücken abgefaßt, welche das demselben zuwider eingegangene Geschäft schlechterdings und dergestalt für ungültig erklären, daß dem Gläubiger deshalb gar keine Klage gestattet werden solle[88]). Sie behaupten daher, daß der Richter die Einrede dieses Senatsschlusses nicht nur ergänzen könne, sondern auch sogar aus Amtspflicht ergänzen müsse. Noch andere[89]) unterscheiden zwischen dem römischen und heutigen Rechte. Nach dem ersten komme es lediglich darauf an, ob es ganz außer Streit sey, daß das Geld, auf dessen Bezahlung die Klage des Gläubigers gerichtet worden, dem Beklagten gegen das Macedonianische Senatusconsult geliehen sey, oder ob darüber noch

86) Meditat. ad Pand. Specim. CLIII. medit. 3.

87) S. Christ. Wilh. Wehrn theor. pract. Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 68. S. 124. f.

88) Nicht nur Suetonius in *Vespasiano* cap. 11. sagt: *ne exigendi crediti ius unquam esset:* sondern auch in dem Macedon. Senatusconsult heiße es nach *L.* 1. *pr. D. h. t.* ausdrücklich: *ne actio petitioque daretur;* d. i. es solle durchaus keine Klage, weder eine persönliche (actio), nämlich die condictio certi ex mutuo, noch eine dingliche (petitio), nämlich die rei vindicatio, wenn das Geld noch in Natur vorhanden ist, oder die hypothekarische Klage, wenn der Schuld wegen eine Hypothek bestellet worden, Statt haben.

89) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 15.

ein Zweifel obwalte. Im ersten Falle habe die Klage sogleich verworfen werden können. In dem letzten Falle hingegen, wo es noch ungewiß sey, ob nicht die Einrede des Senatusconsults durch eine Replik des Klägers entkräftet werden könne, sey zwar dem Gläubiger die Klage nach der röm. Gerichtsordnung gestattet worden, aber mit Vorbehalt der Einrede: *Praeterquam si contra Senatusconsultum pecunia mutua data, vel fraus ei cogitata esset* [90]). Allein heutzutage, und seitdem überhaupt die **impetrationes actionum** durch die *L. 2. C. de formulis et impetrationibus actionum sublatis* aufgehoben wären, könne die Klage nicht mehr von richterlichen Amtswegen verworfen, sondern nur durch Hülfe der Exception vernichtet werden. Die richtige Meinung ist unstreitig die, daß der Richter die Einrede des Macedonianischen Rathschlusses nie von Amtswegen suppliren dürfe, wenn sie der Beklagte nicht vorgeschützt hat. Denn da es so viele Fälle gibt, wo diese Einrede wegfällt, wie noch besonders der folgende Paragraph lehren wird, so kann der Richter nie sicher seyn, ob nicht die Einrede durch eine Replik des Klägers entkräftet werden könnte. Nun ist der Richter in der Ungewißheit dem Kläger das rechtliche Gehör zu versagen, offenbar eben so wenig befugt, als der Kläger schuldig ist, gegen eine Einrede, welche nicht vorgeschützt wurde, seine Vertheidigung durch Replik zu führen. Der Richter kann also die Einrede, so lange sie nicht vorgeschützt worden ist, sie für unzweifelhaft halten, und er würde also gegen

90) Donellus Commentar. Lib. XII. cap. 25. pag. 609. und Reinold Diss. ad SCtum Macedon. Cap. II. §. 8.

alle Forderungen richtiger Grundsätze sein Urtheil auf etwas bauen, worüber beyde Theile noch nicht gehört worden sind. Mit diesen Grundsätzen stimmt auch selbst das römische Recht überein. Denn nach dem Ausspruche Ulpians *L.* 11. *D. h. t.* kann der Beklagte, auch selbst der Familiensohn, verurtheilt werden, wenn er die Einrede des Senatusconsults nicht vorgeschützt hat. Nun kann sich zwar, wie Ulpian ebenfalls sagt, der Beklagte dieser Einrede auch noch nach erfolgter Condemnation bedienen, und die Execution dadurch abwenden; allein gerade dieses beweißt, daß ohne Vorschützung dieser Einrede auch zur Execution geschritten werden könne[91]). Man sieht hieraus, daß die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults zu den privilegirten Einreden gehört, welche auch noch nach der Sentenz in dem Executionstermin vorgeschützt werden kann, sie muß nur sogleich liquid gemacht werden können[92]).

91) Hiermit stimmen überein *Ulr.* Huber in Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. et Lib. XVI. Tit. 1. §. 7. und Gönner im Handbuch des deutsch. gemeinen Prozesses 1. Bd. Nr. X. §. 13.

92) *Io.* Schilter in Prax. iur. Rom. Ex. XXVII. §. 78. meint zwar, nach der heutigen Praxis lasse sich dieses nicht mehr behaupten. Allein man sehe Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. *Io. Pet. de* Ludewig Differentiae iuris Rom. et Germ. in mutuo. Diff. XI. und Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CLXIII. medit. 5. Zwar will Müller in Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Obs. 348. einen Unterschied machen, ob die exceptio SCti Macedoniani vom Sohne selbst, oder von einem Andern, z. B. von dem Erben oder Bürgen vorgeschützt werde. Nur im ersten Falle könne sie noch zur Abwendung der Execution gebraucht werden, in dem andern

§. 904.

Fälle, wo die exceptio SCti Macedon. ausnahmsweise nicht vorgeschützt werden kann.

Es gibt nun noch mancherley Fälle, wo die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults nicht Statt findet, und zwar kann sie in einigen blos vom Sohne nicht, in andern aber weder vom Vater noch vom Sohne vorgeschützt werden.

I. Der Sohn kann sich derselben nicht bedienen 1) wenn er ein seiner freien Administration unterworfenes Peculium besitzt. Von dieser Art ist nicht blos das peculium castrense, und quasi castrense[93]), sondern unstreitig auch das peculium adventitium extraordinarium. In Rücksicht des letztern sind zwar mehrere Rechtsgelehrten[94]) anderer Meinung. Allein da nach der Nov. 117. Kap. 1. dem Familiensohne, wenn er majorenn ist, die freie Verwaltung eines solchen Peculiums wenigstens unter den Lebenden zusteht, so läßt sich die Richtigkeit jenes Grundsatzes mit Recht nicht bezweifeln[95]). Jedoch haf-

Falle aber nicht. Allein diese Meinung widerlegt sich dadurch von selbst, daß Ulpian *L.* 11. *D. h. t.* sagt: der Sohn könne sie vorschützen *exemplo mulieris intercedentis*. S. Emminghaus ad *Coccejum* cit. loc. not. v.

93) *L.* 1. §. 3. *L.* 2. *D. h. t.* §. *ult. I. de milit. testam.*

94) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 10. *Io. Pet. de* Ludewig Differentiae iuris Rom. et Germ. in mutuo. *Halae* 1715. Differ. X. not. ee. und Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4133. not. d.

95) Connanus Commentar. iuris civ. Lib. VII. cap. 2. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 4. Berger Oecon. iuris Lib. III.

tet er nur, soweit das Peculium zureicht[96]). 2) Wenn sich der Sohn lügenhaft für einen Paterfamilias ausgab, und der Gläubiger auch erweislich guten Grund hatte, der Behauptung seines Schuldners Glauben beyzumessen[97]). Denn auch selbst die Lüge des Sohns schließt an sich die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults nicht aus, wenn der Gläubiger wußte, oder leicht wissen konnte, daß sein Schuldner noch in der väterlichen Gewalt sey[98]). 3) Wenn er nach seiner Entlassung aus der väterlichen Gewalt, sie sey durch Emancipation oder eine Würde, oder auf andere Art geschehen, das während derselben contrahirte Anlehn genehmiget hat[99]).

Tit. II. Th. 2. Not. 10. Stryck de cautel. contract. Sect. II. Cap. I. §. 14. Frommann Diss. de SCto Macedon. §. 26. Alef Diss. cit. §. 66. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. *Christ. Henr.* Breuning Quaest. iur. contr. an Macedon. SCtum prosit filiofam. peculium irregulare habenti. *Lipsiae* 1775. *Gall. Aloys.* Kleinschrodt Diss. de iure filiifam. disponendi de peculio. Cap. I. §. 9. u. a. m.

96) *L. 2. D. h. t.* Usque ad *quantitatem castrensis peculii:* cum filiifam. in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur. Das Nämliche gilt unstreitig auch vom peculio quasi castrensi und adventitio irregulari. S. *Mich. God.* Wernher Lectissimae Commentat in Pand. h. t. §. 3.

97) *L. 1. Cod. h. t.* Si filius, cum in potestate patris esset, mutuam a te pecuniam accepit, cum se patremfamilias diceret, eiusque affirmationi credidisse te iusta ratione edocere potes, exceptio ei denegabitur.

98) Man vergleiche hier vorzüglich Donelli Commentar. de iure civ. Lib. XII. cap. 26. §. *Causae extrinsecus intervenientes* etc. pag. 612.

99) *L. 2. Cod. eodem.* Donellus c. l. cap. 28. pag. 616.

II. Nicht nur von Seiten des Sohns sondern auch des Vaters fällt die Einrede weg, 1) wenn der Sohn zur Zeit des Contracts Soldat war. Es kommt hier nichts darauf an, das Geld sey geliehen oder verwendet worden, zu welchem Zweck es wolle, der Vater habe seine Einwilligung dazu gegeben, oder nicht, der Sohn habe ein peculium castrense oder nicht[100]). Die hierher gehörige merkwürdige Constitution des Krs. Justinian *L.* 7. §. 1. *Cod. h. t.* ist schon an einem andern Orte[1]) erklärt worden. 2) Wenn der Gläubiger gute Gründe hatte, den Sohn für einen freien Hausvater zu halten[2]). Da jedoch Jeder, welcher sich mit einem Andern in ein Geschäft einlassen will, sich um die Verhältnisse desselben bekümmern muß[3]), so liegt hier immer dem Gläubiger der Beweis ob[4]). Sollte von mehreren correis credendi zwar der eine den Zustand des Schuldners nicht gekannt, der andere aber gewußt haben, daß er noch unter der väterlichen Gewalt

100) Donellus Commentar. Lib. XII. c. 24. §. *Exceptus est* etc. pag. 606.

1) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 782. S. 58. ff.

2) *L.* 3. *pr. D. h. t.* Si quis patremfamilias esse credidit, non vana simplicitate deceptus, nec iuris ignorantia, sed *quia publice paterfamilias plerisque videbatur*, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur: *cessabit Senatusconsultum. L.* 2. *Cod. h. t.* Zenodorus, si, *cum sui iuris esse publice videretur* etc. S. Donelli Commentar. cit. libr. cap. 26. §. *Causae extrinsecus intervenientes*. pag. 612.

3) *L.* 19. *pr. D. de div. reg. iuris.*

4) S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 7. und Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. cap. II. membr. II. §. 17.

stehe, so schadet die Wissenschaft des einen dem andern[5]). Der Grund liegt theils darin, weil es hier dem Unwissenden leicht möglich war, den Zustand des Schuldners zu erfahren, theils in der Natur der Correalobligation, deren Einheit es mit sich bringt, daß wenn der Schuldner von der Klage des einen Correalgläubigers ist freygesprochen worden, er sich auch mit der nämlichen Einrede gegen die Klage des andern schützen kann[6]). 3) Wenn der Anleiher des Geldes noch unter Vormündern oder Curatoren stand. Hier ist jedoch zu unterscheiden, ob diese in die Anleihe willigten, oder nicht. In dem ersten Falle erhält der Gläubiger die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; in dem letztern aber ist das Anlehn ungültig, und das noch vorhandene Geld kann vindicirt, das consumirte aber mit einer Condiction zurückgefordert, oder auch, wenn die Consumtion mala fide geschahe, ad exhibendum auf das Interesse geklagt werden[7]). Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn der Anleiher noch unter der väterlichen Gewalt stand, und das Anlehn von dem peculio profectitio ohne den Willen des Vaters gab. Non enim, sagt Ulpian *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* petere ei pecuniam pater concedit, cum peculii administrationem

5) *L.* 7. §. 7. *in fin. D. h. t.* Sed et si alteruter eorum ignoravit, in patris esse potestate se, verius dicendum est, *utrique nocere.*

6) S. Donellus c. l. §. *Sed quod dicitur.* pag. 612. und Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

7) *L.* 3. §. 2. *D. h. t. L.* 11. §. *ult. D. de minorib.* Arg. §. *ult. I. Quib. alienare licet.* iunct. *L.* 3. *Cod.* de in integr. restit. minor. S. Voet Comm. h. t. §. 6. und Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6.

permittit: et ideo vindicationem nummorum patri superesse. Viele[8]) wollen dieses auch auf Städte und Kirchen anwenden, weil diese nach dem neuern Rechte die iura minorum genießen. Diesen stimmt auch Hellfeld bey. Allein dieser Meinung streiten klare Gesetze entgegen. Denn *L.* 6. *D. de Verb. Signif.* sagt ausdrücklich: Civitates iure privatorum utuntur toties, quoties de favore ipsis specialiter indulto non constat. Nun haben Städte hierin keinen gesetzlichen Faveur. Vielmehr sagt *L.* 15. *D. h. t.* Nihil interest, quis filiofamilias crediderit, utrum privatus, an *civitas? nam in civitate quoque Senatusconsultum locum habere, Divi* SEVERUS et ANTONINUS rescripserunt. Zwar haben Städte und Kirchen sonst allerdings die iura minorum; allein es ist schon bey einer andern Gelegenheit[9]) bemerkt worden, daß das besondere Recht, welches nach dem Beyspiele eines andern eingeführt worden ist, der eigenen und ursprünglichen Rechtswohlthat nachstehen müsse. Mit Recht behaupten daher Anton Faber[10]), Dionys. Gothofredus[11]), Joh. Jacob Wissenbach[12]) und

8) VOET h. t. §. 3. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 6. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 7. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 6. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 1. not. i. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 378. a. E.

9) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 105. S. 27. Man sehe auch *Io. Iac. Casp.* WOLTERS Diss. de iure singulari, de privilegiis, eorum collisione et praelatione inter se. *Goettingae* 1809. §. 24.

10) Rational. in Pand. ad L. 15. D. h. t.

11) Not. ad L. 15. cit.

12) Exercitat. ad Pand. P. I. Disputat. XXVIII. Th. 29.

Wolfgang Adam Lauterbach[13]), daß hierin durch das neuere Recht nichts abgeändert worden sey.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß zwar mehrere Rechtsgelehrten[14]) den heutigen Gebrauch des Macedonianischen Senatusconsults bezweifeln wollen, weil die Aufhebung der väterlichen Gewalt in Deutschland früher und leichter geschehen könne, als bey den Römern, und daher die schweren Folgen, welche das römische Recht dadurch abzuwenden suchte, jetzt nicht mehr zu besorgen wären. Allein da der Grund desselben, daß nämlich den Söhnen durch den Geldcredit keine Gelegenheit zu Ausschweifungen gegeben werde, auch noch jetzt Statt findet; so streiten andere practische Rechtsgelehrten[15]) billig für den heutigen Gebrauch dieser wichtigen Verordnung.

13) Colleg. th. pr. Pand. h. t. § 6.

14) TULDENUS in Comment. ad h. Tit. Pand. et Cod. *Ge.* BEYER Delineat. iuris civ. ad Pand. ad h. Tit. *Io. Wilh.* MARCKART Exercit. de usu Senatusconsulti Macedoniani hodierno. in EIUS *Exercitationib. academ.* (*Hardervici* 1751. 4.) Exercit. VII. pag. 285. sqq.

15) S. WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 334. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bd. 156. *God. Lud.* MENCKEN Diss. de usu forensi SCti Macedoniani in Germania. *Vitembergae* 1751. und Meinungen einiger Rechtsgelehrten über die heutige Anwendbarkeit des Macedonianischen Senatusconsults. Deutschland 1806. 8.

Lib. XV. Tit. I.
De peculio.

§. 905.
Wesen des Pekuliums, besonders des peculii profectitii.

Zu den Klagen, welche adjectitiae qualitatis sind, gehört ferner die *actio de peculio*, von welcher hier vorzüglich zu handeln ist. Sie unterscheidet sich von den übrigen darin, daß sie nicht auf das Ganze gehet, sondern nur soweit das Pekulium, nach Abzug dessen, was dem Hausvater daran gebührt, zur Befriedigung des Gläubigers zureicht. Denn es ist eine Regel des Civilrechts, welche uns Ulpian lehrt *L.* 9. §. 2. *D. h. t.* Peculium *deducto, quod domino debetur, computandum* esse: quia praevenisse dominus, et cum servo suo egisse creditur. Sie setzt daher immer ein peculium profectitium voraus, welches der Familienvater seinem Sohne oder Sklaven zur Verwaltung für seine Rechnung überlassen hat [10]). Nur von diesem Pekulium sprechen alle Gesetze dieses Titels. Das Wort *Peculium* wird also hier in seiner ursprünglichen Bedeutung genommen, nämlich für ein solches Vermögen, welches eine Person, die unter der Gewalt eines Familien-

10) S. *Ulr.* Huberi Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 7. §. 7. und *Ant.* Schulting Thes. controvers. Decad. LV. Th. 4.

hauptes stand, es sey ein Sohn oder Tochter, Sklave oder Sklavin, von dem Vermögen des Paterfamilias abgesondert besaß, und auf Rechnung desselben verwaltete. Ulpian sagt in dieser Hinsicht *L.* 5. §. 3. *D. h. t.* ***Peculium*** **dictum est, quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum**[17]); und fügt § 4. noch folgenden Begriff hinzu. ***Peculium*** **autem TUBERO quidem sic definit, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur.** Es ist zwar hier nur von Sklaven die Rede, daß es aber auch bey Kindern der Familie eben so gewesen sey, lehrt Justinian §. 1. *I. Per quas personas cuique acquiritur.* **Igitur,** sagt er, **liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis) hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione: et hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum adquisitum esset, alii filio, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocunque modo voluerant, adplicare. Quod nobis inhumanum visum est, et generali constitutione emissa, et liberis pepercimus, et patribus honorem debitum reservavimus. Sancitum etenim a nobis est,** ***ut si quid ex re patris ei obveniat,*** **hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquiratur.** ***Quae enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti?*** **Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias adquisivit, huius usumfruc-**

17) Man vergleiche über diese Stelle *Ulr.* HUBERI Eunomia Rom. ad h. Leg. pag. 566. sqq. und den 2. Th. dieses Commentars §. 134. S. 241. f.

tum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat, ne quod ei suis laboribus, vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat. In Absicht auf das Pekulium selbst kam es auch auf den Unterschied des Geschlechts so wenig, als auf das Alter an. Eine Tochter vom Hause oder eine Sklavin konnte daher so gut ein Pekulium haben[18]), als ein Sohn oder Sklave, wenn auch derselbe noch unmündig war. Denn es hieng ja hierin alles von dem Willen und der Bestimmung des Hausvaters ab. Ulpian sagt dieses ausdrücklich *L.* 7. §. 3. *D. h. t.* Pupillum autem, tam filium, quam servum, peculium habere posse, PEDIUS *libro XV.* scribit, cum in hoc, inquit, totum ex domini constitutione pendeat. Nur zur Begründung der actio de peculio wird erfordert, daß der Besitzer des Pekuliums eine solche Person seyn müsse, welche sich verbindlich machen kann, oder könnte, wenn sie frey wäre. Ist daher der Familiensohn noch unmündig, so findet gegen den Vater die actio de peculio nur insoweit Statt, als das Pekulium durch das unternommene Geschäft bereichert worden ist. Ulpian macht uns selbst auf diesen Unterschied aufmerksam, wenn er sagt *L.* 1. §. 4. *D. eodem.* Si cum impubere filiofamilias, vel servo contractum sit: ita dabitur in dominum vel patrem *de peculio actio*, si *locupletius eorum peculium factum* est[19]). Das Pekulium

18) *L.* 27. *pr. D. h. t.* Et *ancillarum* nomine et *filiarumfamilias* in *peculio* actio datur. Siehe auch *L.* 1. §. 3. *D. eodem.*

19) Man vergleiche auch *L.* 11. *Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest. est.*

wird übrigens in den Gesetzen als eine universitas iuris betrachtet, und begreift daher, gleich einer Erbschaft, alle Arten von Sachen, nicht nur bewegliche und unbewegliche, sondern auch unkörperliche, z. B. ausstehende Kapitalien, unter sich; es kann auch wachsen und abnehmen, und bey der Veräußerung desselben tritt der Preis an die Stelle der Sache, so daß die actio de peculio nicht gegen den Besitzer der veräußerten res peculiaris, sondern gegen denjenigen Statt findet, welcher den Werth dafür erhalten hat. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 7. §. 4. *D. h. t.* In peculio autem res esse possunt omnes, et mobiles et soli: hoc amplius et nomina debitorum.

L. 33. *D. eodem.* Sed si quis servum ita vendidit, ut pretium pro peculio acciperet, penes eum videtur esse peculium, *ad quem pretium peculii pervenit.*

L. 34. *D. eodem.* Non penes quem res peculiaris sit.

L. 40. *D. eodem.* Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur: et ideo eleganter PAPIRIUS FRONTO dicebat, *peculium simile esse homini.* Quomodo autem peculium *nascitur*, quaesitum est? Et ita Veteres distinguunt: si id acquisiit servus, quod dominus necesse non habet praestare, id esse peculium: si vero tunicas, aut aliquid simile, quod ei dominus necesse habet praestare, non esse peculium [20]):

20) Hatte der Sklave schon ein Pekulium, und er hat sich die Kleider davon angeschafft, oder der Herr hat sie ihm zum alltäglichen Gebrauch gegeben; so gehören sie zu seinem Pekulium.

ita igitur *nascitur* peculium. *Crescit*, cum auctum fuerit. *Decrescit*, cum res intercidunt. *Moritur*, cum ademtum sit. Ein Peculium in diesem Sinn kann nun also blos eine Person besitzen, die noch unter der Gewalt eines Familienhaupts steht. Daher sagt Ulpian[21]): Paterfamilias liber *peculium* non potest habere. Jedoch ist zur Begründung der actio de peculio genug, wenn die Person nur zur Zeit des geschlossenen Contracts unter der Gewalt des Familienhaupts stand, gesetzt auch, daß sie zur Zeit der angestellten Klage sui iuris wäre, es muß nur aber in diesem Falle die Klage binnen einem Jahre angestellt werden. Ja die Klage findet sogar Statt, wenn man mit einer Person contrahirt hat, die zur Zeit des geschlossenen Contracts sui iuris war, und nachher durch Arrogation wieder in die väterliche Gewalt gekommen ist[22]). Hier kann die actio de peculio gegen den Arrogator angestellt werden.

L. 61. *D. Mandati.* Quod filiofamilias, ut peteret, mandavi, emancipatus exegit: de peculio intra annum utiliter agam.

Ein Anders war, wenn sie der Sklave blos im Dienst seines Herrn zu gewissen Zeiten tragen durfte. Denn der Herr gab ihm hier die Kleider mehr um seinet- als um des Sklaven willen. *L.* 25. *D. h. t.* S. Schulting Thes. controv. Decad. LV. §. 3. Pothier Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XI.

21) *L.* 182. *D. de Verb. Signif.* In einem andern Sinne kann es auch ein peculium personarum sui iuris geben. *L.* 79. §. 1. *D. de legat. III.* *L.* 16. *pr. D. ad SCtum Trebellian.* Man sehe den 2. Th. dieses Commentars §. 134. Not. 33.

22) S. Pothier Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXI. p. 420.

L. 42. D. h. t. In *adrogatorem* de peculio actionem dandam, quidam *recte* putant: quamvis SABINUS et CASSIUS, ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam, existimant.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß zur Entstehung eines Pekuliums die bloße Willenserklärung des Familienvaters noch nicht genügte, sondern es ward dazu noch die Uebergabe erfordert. Nur die Aufhebung des Pekuliums konnte durch den bloßen Willen des Paterfamilias geschehen, wie Paulus lehrt *L. 8. D. h. t.* Non statim, *quod dominus voluit ex re sua peculii esse*, peculium fecit: *sed si tradidit*; *aut cum apud eum esset*, *pro tradito habuit*: desiderat enim res naturalem dationem. Contra autem, *simul atque noluit*, peculium servi desinit peculium esse.

§. 906.

Verschiedene Arten der Pekulien. 1) *Peculium militare.*

Das Pekulium Profectitium war, so lange die Kinder während der väterlichen Gewalt noch keines Eigenthums fähig waren, die einzige Art des Pekuliums. Wie aber das Erwerbungsrecht des Vaters durch die Kinder im neuern Recht beschränkt, und die Kinder selbst während der väterlichen Gewalt eines eigenthümlichen Vermögens fähig wurden, so änderte sich der Begriff des Pekuliums, und es entstanden sehr verschiedene Arten derselben. Nun theilt man das Pekulium ein in *militare* und *paganum*, das erste wieder in *castrense* und *quasi castrense*, das andere in *profectitium* und *adventitium*, das letzte wieder in *regulare* und *irregulare*. Von allen diesen verschiedenen Arten der Pekulien ist jedoch schon an einem an-

dern Orte [23]) gehandelt worden. Hier nur noch einige Bemerkungen als Nachlese. I. Nach dem neuern römischen Recht ist die Erlaubniß des Paterfamilias zur Entstehung eines Pekuliums nicht mehr schlechterdings nothwendig, wie das ältere Recht vorschreibt [24]), sondern es kann nun auch ohne Wissen und Willen des Vaters ein Pekulium vom Sohne erworben werden [25]). II. Ein peculium castrense können nur wirkliche Soldaten haben, nicht andere Personen, welche blos mit den Soldaten im Felde sich befinden, an sich aber nur pagani sind [26]). Z. B. Kriegscommissarien, Marketender, Soldatenbediente. III. Zum peculium castrense wird auch gerechnet, was der militirende Familiensohn von seiner Frau als Erbe, nicht aber was er von ihr als Legatar erhält [27]). Die Erbschaft

23) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 136.

24) *L.* 4. *pr. et* §. 2. *L.* 7. §. 2. *L.* 49. *pr. D. h. t.*

25) *L.* 5. *D. de castr. peculio. L. ult.* §. 1. *Cod. de bonis, quae liberis.*

26) *L.* 11. *D. de castr. pec.* S. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 3. Th. §. 134. u. 136. S. 128. f.

27) *L.* 8. *D. de castr. pec.* Si forte *uxor*, vel cognatus, vel quis alius, non ex castris notus, filiafam. *donaverit* quid, vel *legaverit*, et expresserit nominatim, *ut in castrensi peculio habeat:* an possit castrensi peculio adgregari? *Et non puto.* Veritatem enim spectamus, an vero castrensis notitia, vel affectio fuit, non quod quis finxit. — *L.* 13. *D. eodem.* *Divus* HADRIANUS rescripsit in eo, quam militantem uxor heredem instituerat, *filium extitisse heredem:* et ab eo servos hereditarios manumissos, proprios eius libertos fieri. S. *Greg.* MAJANSII Diss. de peculio castrensi §. 6. et 7. (in EIUS *Disputat. iuris civ.* Tom. I. Nr. XIV.) und *Ios. Fern. de* RETES de castrensi peculio nr. 10. (in *Thes. Meermann.* T. VI.)

der Mutter hingegen, wenn sie dem Sohne auch während seines Kriegsdienstes zufällt, wird kein peculium castrense [28]). IV. Die Vorrechte eines solchen Pekuliums bestehen darin, daß der Sohn sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall, alle Rechte eines freyen Hausvaters genießt, und selbst im Verhältniß zum Vater eine selbstständige Person vorstellt [29]); und diese Rechte hören nicht auf, wenn gleich der Sohn den Soldatenstand verläßt [30]). Jedoch kann ein mit Verlust der Ehre cassirter Soldat über sein militärisches Peculium nicht testiren [31]). V. Wird das Vermögen des Sohnes wegen eines begangenen Verbrechens confiscirt, so verbleibt das peculium castrense dem Vater [32]). VI. Ist der Sohn noch minderjährig, so vertritt der Vater die Stelle des Curators in allen Fällen, in welchen ein Minderjähriger eines Curators bedarf, oder es wird ihm auf sein Verlangen ein besonderer Curator von der Obrigkeit gegeben [33]). VII. Dem pe-

28) *L.* 1. *Cod. de castr. pecul.*

29) *L.* 2. *D. de SCto Macedon. Pr. I. Quib. non est permissum fac. testam. L.* 4. *D. de iudic. L.* 2. *pr. D. de contrah. emt. vendit.*

30) *Pr. I. Quib. non est permiss. fac. testam. L.* 17. §. 1. *L.* 19. §. 2. *D. de castr. peculio.*

31) *L.* 26. §. 1. *D. de testam milit.* Ius testandi de castrensi peculio, quod filiisfam. militantibus concessum est, ad eos, *qui ignominiae causa missi sunt*, non pertinet, quod hoc praemii loco merentibus tributum est.

32) *L.* 3. *Cod. de bonis proscriptor.* Si filius tuus, cum esset in tua potestate, in insulam deportari meruit, peculium eius, nec quod in castris acquisivit, vel quod ei militaturo donasti, auferri tibi debet.

33) *L.* 7. *Cod. de curat. furios. L. ult.* §. 2. *Cod. de bonis, quae liberis.* Carpzov Respons. iuris Lib. V. Tit. 8. Resp. LXXXIV.

culio castrensi werden, jedoch nur in Rücksicht des freien Dispositionsrechts, alle von dem Regenten oder desselben Gemahlin einer noch unter der väterlichen Gewalt stehenden Person gemachten Geschenke gleichgesetzt [34]). Sonst aber in keiner andern Rücksicht. Sie werden also bey der Confiscation des Vermögens dem Vater nicht gelassen [35]). VIII. Das peculium quasi castrense, welches nach dem Beyspiel des peculii castrensis ist eingeführt worden, erfordert schlechterdings einen solchen Erwerb, welcher von einem noch unter der väterlichen Gewalt stehenden Sohne in öffentlichen Aemtern und

nr. 7. und Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 568. nr. III.

34) *L. 7. Cod. de bonis, quae liberis.* Si quis a Principe, vel ab Augusta, sive masculus sive femina, donationes sit consecutus, vel consecuta, sive mobilium, sive immobilium, sive se moventium rerum, filiusfamilias tamen constitutus, vel constituta, habeat eiusmodi res omni acquisitione absolutas, et nemini eas acquirat, neque earum usumfructum pater, vel avus sibi vindicet, sed *ad similitudinem castrensis peculii* omnem facultatem in eas, filii vel filiaefamilias habeant. Viele wollen zwar dergleichen Geschenke nur für ein peculium adventitium irregulare halten. Man sehe Lauterbach Diss. de peculio adventitio irregulari. §. 14. Walch Controv. iuris civ. Sect. I. cap. II. membr. 2. §. 10. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. f. Allein richtiger wird es von andern zum peculio quasi castrensi gerechnet. S. Cocceji c. l. *Ern.* Tenzel Diss. de eo, quod iustum est circa donationes a principe in filiosfamilias maxime collatas. *Erfordiae* 1727. Thibaut System des Pand. R. 1. Bd. §. 359. a. E.

35) S. Thibaut System des Pand. R. 1. Bd. §. 359. a. E.

Würden gemacht wird [36]); er mag sich nun dieses Vermögen entweder von seinem Gehalt erspart, oder sonst in Rücksicht seines Amts erworben haben. Nur was ein Geistlicher während der väterlichen Gewalt auf irgend eine Art eigenthümlich erwirbt, soll mit dem peculio castrensi gleiche Rechte haben [37]). Bekleidet hingegen ein filiusfamilias noch gar kein öffentliches Amt, so kann dasjenige, was er durch Ausübung einer Wissenschaft, oder auch durch einen dem Regenten geleisteten bloßen Privat-

36) *L.* 7. *Cod. de assessorib.* *L.* 4. *Cod. de advocat. diversor. iudicior.* *L.* 49. §. *ult. Cod. de Episcop. et cleric.* *L. un. Cod. de castr. omnium palatinor. pecul.* *L. un. Cod. de inoff. testam.* *L. ult. Cod. de castr. pecul.* Man vergleiche hier vorzüglich *Iac.* Gothofredi Commentar. ad L. 3. Cod. Theod. de postul. T. I. pag. 163. sq. und *Ge.* Beyer Delineat. iur. civ. sec. Pand. h. t. Posit. 3 — 6.

37) *Nov. CXXIII. cap.* 19. Presbyteros autem et diaconos et subdiaconos, cantores et lectores, quos omnes *clericos* appellamus, *res quolibet modo ad eorum dominium venientes* habere sub sua potestate praecipimus, *ad similitudinem castrensium peculiorum*, et donare secundum leges, et in his testari, licet sub parentum sint potestate: sic tamen, ut horum filii, aut his non existentibus, parentes eorum legitimam partem ferant. Einige wollen zwar nur diejenigen Güter der geistlichen Familiensöhne zum peculio quasi castrensi rechnen, welche sie in Rücksicht ihres Amts erworben haben. S. *de* Cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 2. Allein die ganz allgemein lautenden Worte des Gesetzes erlauben eine solche Einschränkung nicht. Was jedoch der Geistliche vor dem Antritt seines Amts bereits eigenthümlich erworben hatte, bleibt ein peculium adventitium. S. Kleinschrod Diss. de iure filiifam. disponendi de peculiis Cap. II. § 16. sqq.

dienst erworben, oder sonst zum Behuf der Wissenschaften von Jemand erhalten hat, für kein peculium quasi castrense gehalten werden [38]). IX. Vor Justinian hatten die Söhne, welche ein peculium quasi castrense besaßen, noch nicht durchgehends das Recht darüber zu testiren; sondern nur einigen war dieses als ein Vorrecht ertheilt [39]). Erst Justinian stellte hierin das peculium quasi castrense dem peculio castrensi vollkommen gleich [40]).

§. 907.

2) Peculium profectitium.

Das peculium profectitium ist Eigenthum des Vaters, wenn es durch eine freywillige, gesetzlich nicht befohlne Handlung, aus dem Vermögen desselben auf die Kinder überging, und nicht in der Absicht gegeben wurde, daß es ein militärisches Pekulium werden solle. Von diesem gebührt auch dem Vater aller Nutzen und Gewinn. Der Sohn hat daran blos eine prekäre Administration [41]).

38) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. Thibaut System des P. R. 1. Bd. §. 359. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 460. not. b.

39) *L.* 3. §. 5. *D. de bon. poss.* *L.* 1. §. 6. *D. ad SCt. Trebell.* *L.* 2. *Cod. Theod. de assessor.* *L.* 3. *C. Theod. de postul.* *Novella* VALENTINIANI 34. *eodem et* §. *ult. I. de milit. testam.* S. *Christ.* RAU Historia iur. civ. de peculiis. *Lipsiae* 1770. §. 8. pag. 31. sqq.

40) *L. ult. Cod. de inoff. testam.* *L. ult. Cod. Qui testam. facere poss.* §. *ult. I. de milit. testam.* S. *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. 3. Cod. Theod. de postulando Tom. I. pag. 164. edit. *Ritter.*

41) §. 1. *I. Per quas person.* *L.* 7. *pr. D. de donat.*

Zuweilen verbleibt es jedoch dem Sohne eigenthümlich, wie bereits an einem andern Orte[42]) bemerkt worden ist. Hat ihm der Vater die freie Verwaltung desselben überlassen, so kann zwar der Sohn auch Sachen davon verkaufen[43]), er kann auch eine Novation eingehen[44]); aber er ist weder Etwas davon zu verschenken, noch sonst zu verschleudern befugt[45]). Was hingegen ein Kind vermöge gesetzlicher Vorschrift aus dem Vermögen des Vaters erwirbt, wird eigenes Vermögen des Kindes[46]). Z. B. das Heyrathsgut, was der Vater der Tochter gibt. Ulpian[47]) sagt ganz bestimmt: Dos profectitia *ipsius filiae proprium patrimonium* est: und Tryphonin[48]): abscessit a bonis patris. Heutzutage nehmen jedoch viele[49]) ganz allgemein an, was der Vater den Kindern schenkt, werde ihr Eigenthum, und die Gläubiger könnten daran keinen Anspruch machen, wenn auch der Vater in Concurs verfällt, wofern er nur nicht zu ihrem Nachtheil ge-

42) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 136. S. 254.

43) *L.* 10. *Cod. Quod cum eo, qui in al. pot.*

44) *L. ult. pr. D. de novat.*

45) *L.* 7. *pr. D. de donat. L.* 3. §. 2. *D. de SCto Macedon.*

46) *L.* 3. §. 5. *D. de minorib. L.* 16. *D. de religios. L.* 35. *D. fam. ercisc. L.* 71. *D. de evict.*

47) *L. ult. in fin. D. de dotis collat.*

48) S. Thibaut System des P. R. 1. Bd. §. 360.

49) SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XXVII. §. 85. sqq. THOMASIUS Diss. de usu pract. Tit. Institut. de patria potestate. Cap. II. §. 7. CARRACH Differentiae iuris Rom. et Germ. in peculio inprimis filiorumfamilias §. 16. KLEINSCHROD Diss. de iure filiifam. disponendi de peculiis. Cap. III. §. 26. und *Frid.* BEHMER nov. iure controv. Tom. II. Obs. 114. p. 603.

handelt hat. Nur das habe noch jetzt die Rechte des röm. peculii profectitii, wovon der Vater den Kindern blos die Verwaltung auf Rechnung überlassen, oder sich das Eigenthum ausdrücklich vorbehalten hat.

§. 908.

3) Peculium *adventitium*. a) Nutzungsrechte des Vaters.

Zum peculium adventitium gehört alles, was die Kinder weder durch die Freygebigkeit des Vaters aus dem Vermögen desselben, noch um des Vaters Willen von Andern, auch nicht militiae causa, sondern sonst auf eine erlaubte Art, erworben haben[50]). Man rechnet zu demselben mütterliche Geschenke, mütterliche Erbschaft, eheliche Errungenschaft (lucra nuptialia); ferner was die Kinder durch die Freygebigkeit fremder Personen, ohne Rücksicht des Vaters, als Erbschaft, Vermächtniß, oder Geschenke erhalten, oder durch eigenen Fleiß und Arbeit, nur nicht durch die den Eltern schuldigen häuslichen Dienste, erworben haben[51]). Denn was dadurch gewonnen wird, gehört dem Vater[52]). Zu diesem Pekulium gehören ohne Zweifel auch die Pathengeschenke der Kinder[53]); nicht min-

50) S. *Casp. Christ.* KOBER Diss. de peculio adventitio regulari s. ordinario. *Altorfii* 1705.

51) §. 1. *I. Per quas pers. cuiq. acquir. L.* 1. *et* 2. *Cod. de bonis matern. L.* 4. *et* 6. *Cod. de bonis, quae liberis.* S. *Scip.* GENTILIS Tract. de bonis maternis. *Hanov.* 1606. 8.

52) S. Thibaut System des P. R. 1. Th. §. 360. Not. c. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21.

53) S. *Sixt. Iac.* KAPFF Diss. de iure pecuniae lustricae. *Tubingae* 1777. §. 12. et 13. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. I. cap. II. Membr. II. §. 14.

der auch diejenigen Güter, wovon den Kindern durch Eingehung einer zweyten Ehe des Vaters die Proprietät zugefallen ist[54]). Ist es zweifelhaft, ob ein peculium zu dem profectitio oder adventitio zu rechnen sey; so streitet die Vermuthung für das letztere. Leyser[55]) ist zwar anderer Meinung. Allein man sehe L. 17. in fin. Cod. de Usufr. und erwäge, daß der Begriff des peculii adventitii negativ allgemein sey[56]). Die Proprietät an diesem Pekulium gehört den Kindern, dem Vater hingegen stehen daran der Regel nach die Nutzungs- und Verwaltungsrechte zu[57]).

I. Vermöge des Nutzungsrechts gebühren dem Vater natürlich alle Früchte, Emolumente und Einkünfte dieses Vermögens[58]); aber nicht der gefundene Schatz,

54) Nov. 22. cap. 23.

55) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIV. meditat. 7.

56) S. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 571. und Thibaut System des P. R. 1. Bd. §. 360. a. E.

57) *L. 6. pr. Cod. de bonis, quae liberis.* Si quis itaque filiusfamilias vel patris sui, vel avi vel proavi in potestate constitutus, aliquid sibi acquisierit, non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae, vel laboribus suis ad eum perveniant, eas suis parentibus non in plenum, si ut antea fuerat sancitum, sed *usque ad usumfructum solum* acquirat, et eorum *ususfructus* quidem apud patrem, vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat: *dominium autem filiisfamilias inhaereat*, ad exemplum tam maternarum, quam ex nuptialibus causis filiisfamilias acquisitarum rerum.

58) *Car. Adolph.* Braun Diss. de ususfructus parentum in bonis liberorum tam de iure Rom. quam Germ. genuino fundamento. *Ien.* 1743. Cap. 2. *Aemil. Lud.* Homberck zu

sofern er als accessio zu betrachten ist[59]). Dafür trägt er auch alle Lasten[60]), und zwar nicht nur in Ansehung der Person der Kinder, weshalb er sie ernähren, den Töchtern eine Ausstattung, den Söhnen aber die Studierkosten, und bey ihrer Heirath ein Gegenvermächtniß geben muß; sondern auch in Ansehung ihres Vermögens, weshalb er die darauf verwendeten Kosten, sofern sie nicht den Nießbrauch übersteigen, desgleichen die Abgaben und Steuern, nicht minder die Prozeßkosten übernehmen muß[61]). Doch braucht er nicht, wie sonst ein Usufructuar, Caution zu leisten[62]). Dieser Nießbrauch des Vaters hört jedoch auf, wenn er das Kind emancipirt. Nur in einem Falle verbleibt ihm auch noch nach der Entlassung des Kindes der Nießbrauch von der Hälfte der Adventizien als eine Belohnung (praemium emancipationis), wenn er das Kind freiwillig zu dessen Nutzen emanci-

VACH Diss. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. *Marburgi* 1753. und *Aug. Ferd.* HURLEBUSCH Comm. de usufructu patris in bonus liberorum adventitiis ex principiis iuris Rom. et Germ. *Brunsvigae* 1783. 4.

59) Arg. *L.* 7. §. 12. *D. Soluto matrim.*

60) *L.* 1. *Cod. de bonis maternis.* *L.* 8. §. 5. *C. de bonis, quae liberis.*

61) *Io. Andr.* FROMANN Disput. de administratione adventitiorum legitima. *Tubingae* 1676. §. 43—46. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 572.

62) *L. ult.* §. 4. *Cod. de bonis, quae liberis*, wo es heißt: paterna reverentia eum excusante, et a ratiociniis, et a cautionibus, et ab aliis omnibus, *quae ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur.*

pirt[63]). Stirbt hingegen das Kind während der väterlichen Gewalt, so behielt zwar der Vater nach dem ältern Recht den Nießbrauch von dem ganzen Vermögen des

63) Nach einer Verordnung des Krs. Constantin behielt zwar der Vater den dritten Theil der Güter des Kindes zur Belohnung der Emancipation. Dieß hat aber Justinian abgeändert *L.* 6. §. 3. *Cod. de bonis, quae liberis.* **Cum autem,** heißt es daselbst, **Constantiniana lege cautem erat, si filiifamilias ab his, qui eos in potestate habent, nexu paterno per emancipationem liberentur, debere patrem tertiam partem bonorum, quae acquiri non solent, quasi remunerationis gratia a filio accipere, vel retinere, et ex hac causa iterum pars non minima substantiae liberorum adimebatur: sancimus, huiusmodi casu interveniente, et emancipatione liberis imposita,** ***non tertiam partem*** **dominii rerum minime acquisitarum, sed** ***dimidiam ususfructus apud maiores, qui emancipationem donant, residere:*** **exceptis et in hoc casu castrensibus et quasi castrensibus tantummodo peculiis, quibus nihil ex hac causa diminuitur. Sic enim nec liberis cuiuscunque sexus aliquid dominii auferetur, et patribus amplioris patrimonii ususfructus adsignabitur.** ***Hoc obtinente, et si in emancipatione sibi parentes hoc minime servaverint:*** **sed nisi specialiter vel in emancipatione huic praemio renuntiaverint, vel donatione facta sese et ab huiusmodi beneficio alienaverint, et in liberos hoc transtulerint:** ***manere apud eos etiam tacentes ius et beneficium ususfructus retinendi.*** Dieses **praemium emancipationis** findet auch noch jetzt Statt; es fällt nur dann in der Regel weg, wenn die Kinder ohne Emancipation, durch Anstellung einer eigenen Haushaltung, aus der väterlichen Gewalt gesetzlich befreiet werden. S. *Frid. Es. a* **PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 98. §. 16. et 17.** ***Aemil. Lud.*** **HOMBERGK zu VACH Diss. de bonis adventitiis liberis sui iuris factis a patre restituendis, nec non de praemio emancipationis hodie cessante vel non cessante.** ***Marb.*** **1756. §. 18. sqq.** ***de*** **COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. HURLEBUSCH cit.**

Kindes auf Lebenszeit ohne Unterschied [64]). Justinian hat aber dieß blos auf den Fall eingeschränkt, wenn das verstorbene Kind eheliche Descendenten hinterlassen hat. Ist also der Sohn ohne erbfähige Descendenten gestorben, so hört der Nießbrauch mit dem Tode desselben auf, und dem Vater bleibt jetzt nichts als das Erbrecht mit den Geschwistern des Kindes übrig [65]).

§. 909.

b) Verwaltungsrechte des Vaters.

Außer dem Nutzungsrechte gebührt dem Vater an dem **peculio adventitio** der Kinder auch **II.** ein **gesetzliches Verwaltungsrecht.** Dieses ist jedoch weder nach den Grundsätzen einer bloßen Tutel, noch einer bloßen Verwaltung fremder Güter zu beurtheilen, sondern es besteht vielmehr in einem dem Vater vermöge der väterlichen Gewalt zustehenden ausschließlichen Rechte zur Ausübung des Eigenthums, welches den Kindern an diesen Gütern zusteht [66]). Kr. Con-

Diss. §. 2. sqq. und Joh. Christ. von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XXXII. S. 490. ff.

64) *L. 7. §. 1. Cod. ad SCtum Tertull. L. 1. Cod. de bonis matern. L. 3. et 4. Cod. de bonis, quae liberis. L. fin. Cod. Commun. de success.*

65) *Nov. CXVIII. cap. 1. et 2.* S. Braun Diss. cit. de usufructu parentum Cap. II. §. 11. und meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 95. und 121.

66) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIV. medit. 1. Schaumburg Compend. iuris Dig. h. t. §. 11. et 12. und

stantin sagt *L.* 1. *Cod. de bonis maternis.* Parentis autem, penes quos maternarum rerum utendi fruendique tantum potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere, — atque ita omnia agere, *tanquam solidum perfectumque dominium eis adquisitum fuisset* [67]). Daher ist seine Gewalt ausgedehnter, als die eines bloßen Vormundes, oder eines Verwalters fremder Güter. Denn vermöge dieses Verwaltungsrechts führt der Vater alle über die Adventitien der Kinder entstandenen Prozesse, und er kann die Kinder nicht nur selbst durch Klage und Einrede vor Gericht vertreten [68]), sondern er kann auch einen Procurator bestellen [69]). Jedoch wird die Einwilligung der Kinder erfordert, wenn sie gegenwärtig, und nicht mehr unmündig sind [70]). Der Va-

Aemil. Lud. Hombergk *zu* Vach Diss. de div. iure patris in peculio advent. liberor. §. 1.

67) *M. Aur.* Galvanus de Usufructu Cap. VIII. nr. VI. nennt dieses Eigenthum, was dem Vater an dem peculio adventitio zugeschrieben wird, ein dominium patri *iure familiae* competens, und unterscheidet davon das Eigenthum der Kinder, welches ihnen *iure proprietatis* zusteht.

68) *L.* 8. §. 3. *Cod. de bonis, quae liberis.* — Et in agentibus et fugientibus pater quidem suscipiat actiones, et moveat, cuiuscunque aetatis filius inveniatur. S. Hombergk cit. Diss. §. 2.

69) *L.* 1. *Cod. de bonis matern.* — Et quod iure filiis debetur, in examine per se, vel *per procuratorem* poscere, et sumtus ex fructibus impigre facere, et litem inferentibus resistere. Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CLXIV. med. 2.

70) *L.* 8. §. 3. *C. de bonis, quae liberis.* Adhibeatur autem etiam *filiorum consensus*, nisi adhuc *in prima aetate* sunt con-

ter braucht auch keine Rechnung von seiner Verwaltung abzulegen[71]). Er ist daher weder ein Inventarium zu errichten, noch eine eidliche Specification zu ediren schuldig, sondern ein blos einfaches Verzeichniß wird für hinreichend gehalten[72]). Nur darauf muß aber doch der Vater bedacht seyn, daß das Vermögen der Kinder erhalten werde. Er darf daher von den Adventitien der Kinder nichts veräußern noch verpfänden[73]). Ist es dennoch geschehen, so ist die Veräußerung ipso iure nichtig, und die Kinder können die widerrechtlich veräußerten Sachen vindiciren. Es soll auch gegen dieses Vindicationsrecht den Besitzer solcher Güter keine andere, als eine dreyßigjährige Präscription schützen, welche erst von der Zeit ihren An-

stituti, vel *longe absunt;* sumtibus videlicet a patre propter rerum incrementa faciendis: cum enim nuda proprietas apud filium inveniatur, ex qua substantia possibile est, eum sumtus litis dependere? Unter der prima aetas wird hier das Alter der Unmündigkeit verstanden. *L.* 30. *Cod. de episcop. audient.* *L.* 10. *Cod. de impuber. et aliis substitut.* S. Hombergk zu Vach cit. Diss. §. 4—15.

71) *L.* 8. §. 4. *in fin. Cod. de bonis, quae liber.* S. *Io. Andr.* Frommann Diss. de administratione adventitiorum legitima. §. 39. und *Fr.* Becmannorum Consil. et Decis. P. II. Cons. 85. nr. 15.

72) Frommann cit. Diss. §. 32. et 33. Wernher select. Observ. for. Tom. II. P. VII. Obs. 18. Leyser Meditat. ad Pandect. Specim. CLXIV. medit. 3. und Höfacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 577.

73) S. *Io. Detloff Marcus* Ranniger Commentat. iuridica, quaestionem continens, an et quatenus pater peculium liberorum adventitium alienare possit? *Goettingae* 1797. und meine Rechtsfälle und Abhandlungen 3. Bd. Nr. XXXVII.

fang nehmen soll, wo die Kinder aus der väterlichen Gewalt befreiet worden sind[74]). Folgende Gesetzstellen sind hier besonders wichtig.

L. 1. Cod. de bonis matern. Parentes autem, penes quos maternarum rerum utendi fruendique potestas est, *omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere*, — et personam gerant legitimam, ita ut si quando rem alienare voluerint: emtor, vel is, cui res donatur, observet, *ne unquam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat, vel ignorans*: docere enim pater debet, proprii iuris eam rem esse, quam donat, aut distrahit: et emtori, si velit, fideiussorem licebit accipere: quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis, quandocunque rem suam vindicantibus.

L. 2. Cod. eodem. Quidquid avus, avia, proavus, proavia ex materna linea nepoti, nepti, pronepoti, pronepti, testamento, fideicommisso, legato, donatione, vel alio quolibet titulo largitionis, vel etiam intestati successione contulerint: pater filio filiaeve *integra illibataque custodiat, ut vendere, donare, relinquere, alteri obligare* [sicut nec materna bona] *non possit*, usufructu duntaxat ad eum pertinente: ita ut quemadmodum ipse super his rebus *licentiam totius potestatis amittit*: defuncto eo filio filiaeve praecipua computentur, nec ab illis, qui ex parte sunt coheredes, vindicentur.

L. 4. Cod. de bonis, quae liberis. Quaecunque res ad filium vel filiam, nepotes sive pronepotes utriusque sexus in potestate constitutos, ex priore, vel secundo, aut tertio, seu numerosiore coniugio perve-

74) *Io. Ulr. de* CRAMER Observ. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1208.

nerint, ex dote vel quacunque donatione, seu hereditate, vel legato vel fideicommisso: earum rerum usque in diem vitae suae pater, vel avus, vel proavus usumfructum habeant, *easdem res quocunque modo alienandi, vel pignoris, seu hypothecae iure obligandi, facultate eis penitus interdicta*: dominio videlicet earum apud filios et nepotes sive pronepotes utriusque sexus permanente. — Parentibus vero, quorum sub potestate sunt, usumfructum duntaxat habituris, *memoratas res* IURE POTESTATIS *alienandi vel obligandi licentiam denegamus*: non prohibendis iisdem liberis, quandocunque sui iuris fuerint, *nulla temporali praescriptione obsistente*, easdem res omnibus modis vindicare: nisi forte, postquam potestate parentum eos contigerit liberari, tantum temporis effluxerit, ut ex continua et inconcussa tenentis possessione eorum intentio excludatur.

L. 6. §. 2. *Cod. eodem.* Non autem hypothecam filiifamilias adversus res patris viventis adhuc, seu iam mortui sperare audeant, *nec ratiocinia ei super administratione inferre*: sed tantummodo, *alienatione, vel hypotheca* SUO NOMINE *patribus denegata*, rerum habeat parens plenissimam potestatem, uti fruique his rebus, quae per filiosfamilias secundum praedictum modum acquiruntur, et gubernatio rerum earum sit penitus impunita: et nullo modo audeat filiusfamilias, vel filia, vel deinceps personae vetare eum, in cuius potestate sunt, easdem res tenere, aut quomodo voluerit, gubernare: vel si hoc fecerint, patria potestas in eos exercenda est, sed habeat pater, vel aliae personae, quae superius enumeratae sunt, plenissimam

potestatem uti frui, gubernareque res praedicto modo acquisitas.

Nur in drey Fällen ist dem Vater die Veräußerung erlaubt, 1) wenn Erbschaftsschulden auf den Gütern haften, welche nicht wohl anders, als durch deren Veräußerung, bezahlt werden können. Eigene Schulden des Vaters berechtigen hingegen denselben zu keiner Veräußerung[75]. 2) Wenn Legate oder Fideicommisse zu bezahlen sind, welche den Kindern, als Erben, auferlegt worden. 3) Wenn die Sachen, sie seyen bewegliche oder unbewegliche, von der Art sind, daß die Erhaltung derselben den Kindern lästig, oder wohl gar auf irgend eine Art schädlich seyn würde. Außer diesen Fällen, welche keine Ausdehnung auf andere ähnliche zulassen, findet keine Veräußerung Statt, und es ist daher ganz irrig, wenn Hellfeld, und mehrere andere[76]) behaupten wollen, daß der Vater nicht nur wegen einer jeden andern factischen Nothwendigkeit, sondern auch schon des bloßen Nutzens wegen, zur Veräußerung der Adventitien seiner Kinder befugt sey. Denn nach allgemeinen Regeln der logischen Auslegung ist jede ausdehnende Erklärung unbedingt zu verwerfen, wenn der Gesetzgeber dieselbe ausdrücklich, wie hier geschehen ist, verboten hat[77]). Ob nun wohl in den

75) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXV. med. 3.

76) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23. Frommann Diss. de administratione adventitiorum legitima Th. 74 — 76. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. I. §. 576. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 433.

77) S. meine Rechtsfälle 3. Band Nr. XXXVII. §. 33 — 35. S. 106. ff.

Fällen, wo dem Vater die Veräußerung erlaubt ist, nicht erfordert wird, daß die Rechtmäßigkeit der Ursache zuvörderst untersucht, und ein Dekret der Obrigkeit ausgewirkt werde; weil dem Vater das Veräußerungsrecht in den bestimmten Fällen schon nach dem Gesetz zusteht, welches ein Vormund erst durch das obrigkeitliche Dekret auswirken muß [78]), daher von diesem auf jenen offenbar kein Schluß gilt [79]); so haben doch die Gesetze nicht nur bey der Veräußerung selbst eine gewisse Ordnung vorgeschrieben, welche in Ansehung der oben angeführten ersten und zweyten Veräußerungsursachen darin besteht, daß der Vater zuerst bewegliche Sachen, und nur dann, wenn diese nicht zureichen, auch unbewegliche Güter veräußere; sondern sie verordnen auch ausdrücklich, daß der Vater die Sachen der Kinder in den Fällen, da eine Veräußerung nöthig ist, nicht in seinem Namen, und als sein Eigenthum, sondern als das Eigenthum seiner Kinder, und also in deren Namen, und in der Absicht ver-

78) *L.* 11. *D. de rebus eor. qui sub. tut.* *L.* 6. *Cod. de praed. et aliis reb. minor.* *L.* 3. *Cod. de his, qui veniam aetatis impetrar.*

79) S. *Io. Iac.* Wissenbach Comment. ad L. ult. Cod. de bonis, quae lib. §. 4. pag. 660. *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. Leg. Cod. ad L. 6. Cod. eod. Lib. VI. pag. 218. *Io. Andr.* Frommann Disp. de administrat. adventitiorum legitima. §. 38. Wernher select. Observ. for. Tom. I. P. III. Obs. 35. Leyser Specim. CLXV. medit. 9. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 103. S. 386. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 576. Anderer Meinung sind zwar Claproth von freywilligen Gerichtshandlungen §. 158. und Ranniger cit. Diss. §. 19. Allein man sehe meine Rechtsfälle 3. Bd. Nr. XXXVII. §. 36. u. 37.

kaufe, um **lediglich ihre Geschäfte dadurch** zu **betreiben.** Der Grund hiervon ist, damit theils die Veräußerung, welche vom Vater aus rechtmäßiger Ursache auch ohne richterliches Dekret unternommen werden kann, für die Kinder verbindlich und unwiderruflich werde, welche sonst eine vom Vater **im eigenen Namen** unternommene Alienation ihrer Adventitien nach allgemeinen Rechtsgründen [80]) als gültig anzuerkennen nicht schuldig seyn würden; theils um den Käufer solcher Güter zugleich gegen die Ansprüche der Kinder zu sichern, und denselben in den Stand zu setzen, dasjenige zu beobachten, was ihm die oben angeführte *L. 1. Cod. de bonis maternis* zur Pflicht macht, nämlich **ne unquam partem earum rerum quas alienari prohibitum est, sciens accipiat vel ignorans,** und welcher in dieser Hinsicht mit Recht verlangen kann, daß ihm der Vater nachweise, daß eine rechtmäßige Ursache zur Veräußerung vorhanden sey, und ihm deshalb Caution leiste [81]). Alles dieses, was hier ausgeführt worden, wird folgende wichtige Gesetzstelle außer Zweifel setzen.

L. ult. §. 4. *et* 5. *Cod. de bonis, quae liberis.* **Sin autem** ***aes alienum ex defuncti persona descendit,*** **cum etiam apud Veteres haec esse substantia intelligatur, quae post detractum aes alienum supersederit:** ***habeat***

80) *L. 4. et 6. Cod. de reb. alien. non alienand. L. 6. Cod. Si res aliena pignori data sit. L. 3. Cod. de rei vindicat.* S. **Westphals** System des röm. Rechts über die Arten der Sachen 2c. §. 331—333.

81) Anderer Meinung ist zwar **Thibaut** im System des P. R. 1. Bd. §. 362. a. E. Allein man sehe meine Rechtsfälle a. a. O. §. 38—43. S. 116—123.

pater licentiam, *ex rebus hereditariis* (*primum quidem mobilibus, sin autem non sufficiunt, ex immobilibus*) *sufficientem partem* NOMINE FILII *venundare*, ut illico reddatur aes alienum, et non usurarum nomine praegravetur. Quodsi pater hoc facere supersederit, ipse usuras vel ex reditibus, vel ex substantia sua omnimodo dare compelletur [82]). Sin autem *legata*, *vel fideicommissa*, sive annalia, sive semel relicta, *imminent huiusmodi personis*: si quidem tales reditus sunt, qui sufficiunt ad annalia, pater ex huiusmodi reditibus hoc dependere compelletur. Sin autem non habeat substantia sufficientem reditum ad legatorum vel fideicommissorum praestationem, vel minime reditus, vel alias accessiones contineat, sint tamen res mobiles vel immobiles, steriles quidem non tamen inutiles, veluti domus in provinciis pretiosa, vel ubicunque posita aedificia, vel suburbana, ex quibus huiusmodi legata possint explicari: *licentia dabitur patri sufficientem partem eorum similiter* FILII NOMINE *vendere, et satisfacere legatis.*— Ipsum autem filium, vel filiam, filios vel filias, et deinceps, alere patri necesse est, non propter hereditates, sed propter ipsam naturam, et leges, quae et a parentibus alendos esse liberos imperaverunt,

82) Nach den Worten dieses Gesetzes ist es also dem Vater nicht nur erlaubt, sondern sogar zur Pflicht gemacht, die erbschaftlichen Schulden der Kinder durch Veräußerung erbschaftlicher Sachen, sobald als möglich, zu tilgen, weil er sonst die Zinsen des Verzugs den Kindern aus seinem eigenen Vermögen ersetzen muß. S. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad Tit. de bonis, quae liberis Lib. VI. pag. 218.

et ab ipsis liberis parentes, si inopia ex utraque parte vertitur[83]). *Sed pater quidem* IN PRAEDICTIS TANTUMMODO CAUSIS *habeat licentiam rite res filiorum familias vendere* FILII NOMINE: *vel si emtorem non invenerit, rite pignori supponere,* nullo modo licentia concedenda filiis easdem venditiones, vel hypotheeas retractare. *Non autem licentia parentibus danda* EXTRA MEMORATAS CAUSAS, *res, quarum dominium apud eorum posteritatem est, alienare, vel pignori vel hypothecae titulo dare:* sed si hoc fecerint, scituris, quod necesse est eos in legum laquaeos incidere, quibus huiusmodi venditiones vel hypothecae sunt interdictae: *exceptis videlicet rebus mobilibus vel immobilibus illis, quae onerosae hereditati sunt, vel quocunque modo damnosae, quas sine periculo vendere patri cum paterna pietate licet:* ut pretium earum vel in res vel in causas hereditarias procedat, vel filio servetur.

Auf keinen Fall darf jedoch der Vater die durch Eingehung einer zweyten Ehe zu Adventitien gewordenen Güter der Kinder veräußern[84]). Einige[85]) wollen zwar

83) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXV. medit. 4. glaubt, daß in diesen Worten noch eine besondere Veräußerungsursache gesetzlich gebilliget sey, nämlich wenn die Veräußerung darum nöthig ist, um den Kindern oder dem Vater den Unterhalt zu verschaffen. Allein das Gesetz erkennt zwar die gegenseitige Verbindlichkeit zur Alimentation zwischen Eltern und Kindern, als eine natürliche Pflicht, an, gibt aber offenbar dem Vater deshalb kein Veräußerungsrecht, wie aus den nachfolgenden Worten ganz deutlich erhellet. S. RANNIGER Diss. cit. §. 16.

84) *Nov. XXII. cap.* 23. *et* 24. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. Band §. 362.

dieses auf alle die Güter ausdehnen, welche aus dem Vermögen der Mutter oder anderer mütterlicher Ascendenten auf die Kinder übergegangen sind. Allein mit Unrecht. Denn die *L.* 8. §. 4. *et* 5. *Cod. de bonis, quae liberis*, in welcher Justinian dem Vater die Veräußerung der bonorum adventitiorum seiner Kinder aus gewissen daselbst bestimmten Ursachen erlaubt, macht keinen Unterschied, woher diese Güter rühren. Das Gesetz muß also von allen Adventitien, und also auch von den mütterlichen Gütern der Kinder, um so mehr verstanden werden, da Justinian *princ. L. cit.* 8. ausdrücklich auch der rerum maternarum gedenkt, und seine Absicht ganz deutlich dahin erklärt, durch dieses Gesetz eine allgemeine Bestimmung über die Rechte der Adventitien zu geben, welche *in omnibus rebus, quae effugiunt quidem dominii adquisitionem, sed ususfructus tantummodo patri offertur*, zur Richtschnur dienen sollte. Es ist also durch die *L.* 8. §. 5. *Cod. cit.* unstreitig der *L.* 1. *et* 2. *Cod. de bonis matern.* so wie der *L.* 4. *Cod. de bonis, quae liberis* derogirt worden, und die Vorschrift dieser Gesetze nach jener Verordnung zu restringiren [86]). Nur in odium secundarum nuptiarum ver-

85) HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 209. nr. 3. und *Frid. Gottl.* ZOLLER Exercitat. iurid. quaestionem cont. an pater vi patriae potestatis bona immobilia liberorum sine decreto magistratus alienare possit? *Lipsiae* 1756. §. 5.

86) S. RANNIGER Diss. an et quat. pater peculium liberor. adventitium alienare possit? §. 16. pag. 23. Thibaut System des P. R. 1. Bd. §. 362. Not. 5. und meine Rechtsfälle 3. Bd. Nr. XXXVII. §. 32.

ordnen neuere Gesetze, daß solche Güter, deren Eigenthum der Vater durch die Eingehung einer zweyten Ehe verloren hat, und die dadurch zu einem peculio adventitio der Kinder geworden sind, durchaus nicht veräußert werden sollen. Es heißt nämlich *Nov. XXII. cap.* 24. Quod autem *de lucris exinde* (nämlich durch die Freygebigkeit des verstorbenen Ehegatten) *ad coniuges venientibus* sancitum est, etiam sic ratum sit, et lex adeo fidus iis erit custos, *ut has res neque alienare, neque pignori dare parentibus permittat.* Sed et si parentes quid fecerint, statim eorum substantiam illis obligat: non quod parentes in iis, quod volunt agere, prohibeat (pudet enim legem parentibus liberos praeficere magistros) sed illos quidem pudore suffundit, minatur vero accipientibus, quod nihil ipsis profuturum sit id, quod acceperunt. At sciant ex hac nostra lege, quod, etsi ab eiusmodi parentibus quid emerint, vel donum acceperint, vel quicquam aliud egerint, *id quod gestum est, perinde habendum sit, acsi nihil neque factum neque scriptum esset.* Liberi enim eorumque heredes et successores illa ab heredibus eorum et successoribus omnino *vindicabunt*, nec aliter excludentur, *quam si triginta annorum tempus praeterierit*: et possessio eos, qui acceperunt, dominos effecerit, tempore inde liberis currere incipiente, quo suae potestatis esse, aut facti appareant: nisi forte pupillaris aetas illis adhuc adiumento sit.

Den Kindern hingegen erlaubt das Gesetz in keinem Fall die Veräußerung solcher Güter, an welchen dem Vater der Nießbrauch zusteht, ohne Einwilligung desselben;

sie können auch beym Leben des Vaters nicht gültig darüber testiren. Justinian sagt *L. cit.* 8. §. 5. *in fin. Cod. de bonis, quae liberis.* **Filiis autem familias in his duntaxat casibus, in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus** *neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecae titulo dare, vel pignori adsignare.* **Melius enim est, coarctare iuveniles calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos post dispersum expectat patrimonium. Cum enim, sicut dictum est, parentes alere eos secundum leges et naturam compellentur, quare ad venditionem rerum suarum prosilire desiderant?**

Das Administrationsrecht des Vaters an den Adventitien der Kinder geht übrigens durch Eingehung einer zweyten Ehe so wenig, als die väterliche Gewalt selbst, verloren [87]). Wenn aber der Vater durch Verschwendung, Nachläßigkeit, oder Verwüstung der Adventitien die Kinder in Gefahr bringt, das Ihrige zu verlieren, so macht er sich der Administration verlustig [88]). Daß er

87) *L.* 4. *Cod. de bonis, quae lib.* S. *Io. Andr.* Frommann Diss. de administrat. adventitior. legitima §. 93. und Joh. Christ. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. II. S. 18. ff.

88) *L.* 13. §. 2. *Cod. de Sent. pass.* *L.* 50. *D. ad SCt. Trebell.* Frommann Diss. cit. §. 90—92. Wernher select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 92. nr. 7. *de* Cramer Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 347. Hofacker Princip. iur. civ. T. I. §. 578. u. Thibaut System 1. B. §. 363. a. E.

sich derselben auch dann nicht anmaßen dürfe, wenn ihm dieselbe in dem letzten Willen desjenigen, welcher die Kinder zu Erben eingesetzt hat, entzogen worden ist, hat keinen Zweifel[89]).

§. 910.

Peculium adventitium irregulare.

Es gibt jedoch Fälle, wo dem Vater ausnahmsweise der Nießbrauch an dem peculio adventitio der Kinder nicht zusteht. Man nennt dieses Pekulium alsdann *extraordinarium* oder *irregulare*[90]). Dahin gehört 1) wenn der Sohn gegen den Willen des Vaters eine ihm angefallene Erbschaft antritt, oder sonst etwas erwirbt[91]). 2) Wenn den Kindern Etwas von einem Dritten unter der Bedingung geschenkt, oder vermacht worden ist, daß der Vater den Nießbrauch davon nicht haben solle. Jedoch darf die Mutter, wenn sie den Kindern mehr nicht, als den Pflichttheil hinterläßt, dem Vater den ihm daran ge-

89) *Nov.* CXVII. *cap.* 1. Quistorps Beyträge Nr. II. S. 22. ff.

90) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de peculio adventitio irregulari. *Tubingae* 1661. HEUSINGER Commentat. de iure peculii advent. extraordinarii. *Isenaci* 1751. 8. und *Ge. Henr.* ALDRINGEN Disp. de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis extra militiam ita adquiruntur, ut pater usumfructum non habeat, et eorum administratione *Aug. Trevisor.* 1786.

91) *L.* 8. *pr. Cod. de bonis, quae liberis.* Sive e contrario *patre recusante* filius adire hereditatem voluerit, *nullam acquisitionem nec usumfructum patri offerri*, sed ipsum filium sibi imputare, si quid ex hoc contigerit.

bührenden Nießbrauch nicht entziehen [92]). 3) Wenn ein Kind zugleich mit dem Vater ein verstorbenes leibliches Geschwister ab intestato beerbt [93]). 4) Wenn der Vater eine dem Sohn zu restituirende Erbschaft untreu verwaltet [94]). Außer diesem Falle geht aber der Nießbrauch wegen schlechter Verwaltung der Adventitien nicht auf den Sohn über, weil in der Regel der Ususfructus durch Mißbrauch nicht verwirkt wird [95]). Auf

92) *Nov. CXVII. Cap.* 1. §. 1. S. den 7. Th. dieses Commentars §. 546. S. 80. ff. und Westphals Rechtsgutachten 1. Th. h. t. §. 1. S. 82.

93) *Nov. CXVIII. cap.* 2. S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 121.

94) *L.* 50. *D. ad SCt. Trebell.* Imperator Hadrianus, cum Vivius Cerealis filio suo Vivio Simonidi, si in potestate sua esse desiisset, hereditatem restituere rogatus esset, ac multa in fraudem fideicommissi fieri probaretur: *restitui hereditatem filio iussit, ita ne quid in ea pecunia, quamdiu filius eius viveret, iuris haberet.* Nam quia cautiones non poterant interponi, conservata patria potestate, damnum conditionis propter fraudem inflixit. Weil es nämlich, wegen des Verhältnisses der väterlichen Gewalt, nicht anging, daß die bey Fideicommissen sonst gewöhnliche Caution hier geleistet werden konnte, so mußte der Vater sofort die Erbschaft herausgeben, ohne die Bedingung derselben abzuwarten, und er verlor also auch hierdurch die Vortheile der Erbschaft, welche er bis zur Existenz der Bedingung zu genießen gehabt hätte. S. Pothier Pandect. Iustin. Tom. II. Tit. de condit. et demonstr. Nr. CXXX. und Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1715.

95) *L.* 1. §. 6. *D. Usufr. quemadm. cav.* S. Walch Introduct. in controv. iur. civ. Sect. I. cap. II. membr. II. §. 13. Malblanck Princip. iur. Rom. T. II. §. 512. not. o. und Thibaut System 1. B. §. 363.

jeden Fall muß aber doch der Sohn dem Vater, wenn dieser arm ist, auch selbst aus den Einkünften der restituirten Erbschaft den Unterhalt reichen[96]). 5) Wenn den Kindern zur Strafe des Vaters desselben Güter zufallen, weil er widerrechtlich die Ehe mit der Mutter aufhob[97]). Von dieser Vorschrift kann jedoch heut zu Tage kein Gebrauch mehr gemacht werden, weil sie sich auf die bey den Römern üblich gewesene Privatscheidung bezieht[98]). Viele[99]) rechnen auch noch 6) die Pathenge-

96) *L.* 50. *D. ad SCtum Trebell.* sagt: Sed paternae reverentiae congruum est, egenti forte patri officio iudicis ex accessionibus hereditariis emolumentum praestari.

97) *Novella CXXXIV. cap.* 11. — Si vero praeter causas a nobis definitas, quidam matrimonium solvere audeant: jubemus, si quidem descendentes, sive ex eodem, sive ex alio matrimonio habeant, *ut eorum bona secundum ordinem legum illis dentur*, et tam vir, quam mulier in monasterium per omne vitae suae tempus coniiciatur, ac de cuiusque patrimonio quatuor unciae monasteriis assignentur, in quae coniiciuntur: *viro scilicet nec usumfructum habente in ea parte, quae liberis data est.* In der versio vulgata stehen noch die Worte: *quoniam pater rerum filii in potestate positi non habet usumfructum*, welche aber weder in dem griechischen Text stehen, noch an sich einen gesunden Sinn haben, wie auch Huber in Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. bemerkt hat.

98) S. Thibaut System des P. R. 1. B. §. 423.

99) Berger Oecon. iuris Lib. II Tit. II. §. 33. Beyer Delineat. iur. civ. sec. Institut. Lib. II. Tit. IX. Posit. 26. *Iust. Henn.* Boehmer Iur. Eccles Protest. T. III. Lib. III. Tit 42. §. 46. *Io. Gottfr.* Schaumburg Compend. iuris Dig. h. t. §. 15. *Io. God.* Krause Diss. de eo, quod iustum est circa pecun. lustricam. *Vitemb.* 1728. §. 22. *Conr. Wilh.* Strecker Diss. de eod. arg. *Erfordiae* 1738. Sect. II. §. 3. u. a. m.

schenke der Kinder hierher. Allein es kommt vor allen Dingen darauf an, ob sich der Geber darüber bestimmt erklärt hat, daß der Vater den Nießbrauch davon haben solle, oder nicht. In dem letztern Falle liegt in der Natur des Pathengeldes kein Grund, in Ansehung desselben eine Ausnahme zu machen; es ist also im Zweifel ein **peculium adventitium ordinarium** [100]). Ein Anders würde freilich zu behaupten seyn, wenn es aus dem Vermögen des Vaters käme. Hier wäre es natürlich ein **profectium**, weil dann das Eigenthum nicht auf das Kind übergeht [1]). Man rechnet endlich 7) auch noch gewöhnlich den Fall hierher, wenn der Vater sich seines Rechts begiebt, und dem Sohne den Nießbrauch der Ad-

100) S. LEYSER *Specim.* CLXVI. medit. I. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 14. *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. forens. T. II. cap. 12. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observ. pract. ad *Leyserum*. Tom. II. Fasc. I. Obs. 353. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 19. et 20. *Car. Frid.* WALCH. Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 14. et ad Eundem. *Car. Ern.* SCHMID in edit. noviss. *Ienae* 1810. p. 105. und *Iul. Frid.* MALBLANK Princip. iur. Rom. P. II. Sect. I. §. 512.

1) S. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 364. S. 270. Als Regel läßt sich jedoch dieses mit VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 4. keinesweges annehmen; denn der Grund, den er gebraucht: *cum non infantum intuitu, sed parentum contemplatione, hanc exerceri liberalitatem. in aperto sit*, ist offenbar irrig. Man sehe vorzüglich *Sixt. Iact.* KAPFF Diss. de iure pecuniae lustricae. *Tübing*. 1777. §. 10. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 582. Not. b. Die Meinung derjenigen, welche die Pathengeschenke wegen des Exorcismus zum peculium castrense rechnen wollen, ist zu ungereimt, als daß sie

ventitien überläßt [2]). Allein die *L. 6. §. 2. Cod. de bonis, quae liberis*, worauf man sich gründet, sagt nur, daß in diesem Falle, nach dem Tode des Vaters, die übrigen Erben desselben keinen Anspruch an diesem Nießbrauche weiter machen sollen, sondern es solle der Sohn den Nießbrauch, welchen er bis dahin mit Einwilligung des Vaters besessen hat, und nach dessen Tode dergestalt ausschließlich erwerben, als ob die Schenkung gleich Anfangs gültig gewesen wäre [3]). Es heißt nämlich in der angeführten Stelle so: **Sin autem res sibi memorato modo acquisitas parens noluerit retinere, sed apud filium, aut filiam vel deinceps personas reliquerit:** ***nullam post obitum eius licentiam habeant heredes alii patris, vel avi, vel proavi eundem usumfructum, vel quod ex hoc ad filiosfamilias pervenit*** **(utpote patri debitum)** ***sibi vindicare: sed quasi diuturna donatione in filium celebranda, qui usumfructum detinuit, quem patrem eius habere oportuerat, ita causa intelligatur, ut eundem usumfructum post obitum patris ipse lucretur*** **: parente ius exactionis, quasi sibi debitae a filio, qui usumfructum consensu eius possidebat, suae posteritati, vel successioni minime transmittente.** Daß also die Abtretung des Nießbrauchs an den

nur einer Widerlegung werth wäre. S. BOEHMER Iur. Eccl. Protest. T. III. Lib. III. Tit. 42. §. 46. und KRAUSE cit. Diss. §. 22.

2) LAUTERBACH Diss. de pec. adv. irreg. §. 10. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 15. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 17. et 18. u. a. m.

3) Nach *L. 25. C. de donat. inter vir. et ux.* soll die Schenkung des Vaters durch den Tod desselben rückwärts gültig werden.

Sohn schon beym Leben des Vaters unwiderruflich gültig sey, läßt sich aus diesem Gesetz nicht beweisen[4]).

§. 911.

Wem gebührt die Verwaltung des peculii adventitii extraordinarii?

Soviel die Administration das peculii adventitii irregularis anbetrifft, so ist zu unterscheiden: der Sohn, dem ein solches Pekulium gehört, hat entweder das zur Verwaltung desselben erforderliche Alter bereits erreicht, oder er ist noch minderjährig. In dem ersten Falle verwaltet er es selbst, und er kann darüber zwar unter den Lebenden nach Willkühr[5]), aber weder durch Testament, noch Codicille disponiren[6]). Nur auf den Todesfall kann er diese Güter verschenken, wenn es mit Einwilligung des Vaters geschieht[7]). In dem andern Falle hingegen, wenn der Sohn noch minderjährig ist, und es ist zur Verwal-

4) S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Bd. 12. Abh.

5) *Nov. CXVII. cap.* 1. §. 1. Eas vero res, quae personis sub potestate constitutis ita relictae vel donatae sunt, (sc. ut pater in his rebus usumfructum non habeat) *si quidem perfectae aetatis sint*, licet sub potestate constituti, quo velint modo administrandi facultatem habeant.

6) *Princip. I. Quib. non est. permiss. fac. testam.* Anderer Meinung ist zwar *Io. With.* Dahmen Diss. de filiofam. de peculio adventitio irregulari etiam mortis causa disponere valente. *Heidelbergae* 1760. Allein man sehe *Christ. Nicol.* Schumacher Diss. de exclusione filiorumfam. a testamentifactione, speciatim quoad bona adventitia extraordinaria. *Goettingae* 1781.

7) *L.* 25. *D. de mortis caus. donat.*

tung kein besonderer Curator von dem bestellet worden, von welchem die Güter auf den Sohn gekommen sind, steht dem Vater, wenn er nur nicht selbst zur Strafe entweder das zum Pekulium gewordene Vermögen selbst, oder die schon vorher gehabte Administration desselben verwirkt hatte, die Verwaltung dieser Güter zu [8]). Denn es folgt nicht, daß ihm darum, weil er den Nießbrauch nicht hat, auch die Administration zu versagen sey. Will er jedoch die Verwaltung nicht übernehmen, so kann der Sohn um die Bestellung eines Curators bey der Obrigkeit bitten; welcher aber auch dann einen Curator zu setzen obliegt, wenn der von dem Erblasser oder Schenkgeber bestellte Curator sich entschuldigt, oder die Administration nicht übernehmen kann, oder stirbt, ehe der Sohn die Großjährigkeit erreicht hat [9]). Uebernimmt indessen der Vater die Administration, so wird er blos als Curator behandelt, und muß also in Veräußerungsfällen ein Decret haben, auch benöthigten Falls Caution leisten [10]).

8) *L.* 8. §. 1. *Cod. de bonis, quae lib.* Nov. CXVII. cap. 1. §. 1.

9) *Nov. CXVII. Cap.* 1. §. 1. Quodsi is, qui relinquit, vel donat, nullum forte administratorem iis constituerit, vel qui ab eo datus est, administrationem hanc suscipere aut noluerit, aut non potuerit, vel antequam illi perfectae aetatis fiant, moriatur: tum iubemus, ut competens iudex curatorem fide dignum cum legitima fideiussione illis rebus constituat, qui substantiam illis personis relictam administret et custodiat, donec illi, ut dictum est, ad perfectam aetatem venerint.

10) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 27. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 583. und Westphals Rechtsgutachten 1. Th. h. t. §. 1. S. 82.

§. 912.

Actio de peculio.

Hat nun der Vater dem Sohn, oder hatte bey den Römern ein Herr seinem Sklaven ein Pekulium gegeben, s versteht sich, ein peculium profectitium, nicht aber, vie Hellfeld irrig behauptet, wenn der Vater dem Sohn ie Verwaltung seines peculii adventitii überlassen hat[11]; o kann derjenige, welcher mit einer solchen Person contrahirt, oder an ihr aus einem Quasi-Contract eine Forerung hat[12]), gegen den Paterfamilias oder in wessen Bewalt sich diese Person sonst zur Zeit der angestellten Klage befinden mag, ja gegen jeden Besitzer des Pekuliums, r mag Erbe, Legatar, Usufructuar, oder ein anderer seyn, n welchem das Pekulium überging[13]); mit der acto de

1) S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1153. Not. 1. Wegen der nicht in dem Nießbrauch des Vaters befindlichen Güter haftet der Sohn selbst. S. STRYCK Us. mod. Pand. h. t. §. 6.

) Z. B. der Sohn war zum Vormund oder Curator bestellt. *L.* 1. *Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest.* Cum filiusfamilias tutor aut curator datur, pater tutelae, vel negotiorum gestorum iudicio de peculio et de in verso conveniendus est. Hätte der Vater die Vormundschaft seines Sohns auf irgend eine Art anerkannt, es sey durch Genehmigung, oder Einmischung geschehen, so haftet er sogar in solidum. *L.* 7. *D. de tutel. L.* 21. *D. de admin. et peric. tutor.*

) *L.* 1. §. 2. *L.* 19. §. *fin. L.* 27. §. 2. *L.* 32. §. *ult. D. h. t.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. et 8. Ein Anders ist es, wenn der Herr den Sklaven dergestalt verkauft hatte, daß er für das Pekulium den Werth empfing. Hier ward der Verkäufer noch für den Besitzer des Pekuliums gehalten. *L.* 33. *et* 34. *D. eodem.* Siehe oben S. 358.

peculio dahin klagen, daß er aus dem Pekulium, so weit es reicht, seine Befriedigung erhalte. Diese Klage ist also eine actio in rem scripta [14]), und hat auch noch das Eigene, daß sie mit Wirkung angestellt werden kann, wenn auch der Beklagte der Person, aus deren Contract er belangt wird, zu contrahiren verboten hätte; denn dieses Verbot schließt nur die actio institoria aus [15]). Es konnte auch der Beklagte durch keine noxae deditio die actio de peculio ablehnen, sondern mußte sich darauf, wie auf eine jede andere Personalklage, einlassen [16]). Der Zeitpunkt, wornach die Größe des Pekuliums beurtheilt wird, ist das tempus rei iudicatae. Dieses entscheidet, wenn gleich zur Zeit der angestellten Klage von dem Pekulium nichts vorhanden war [17]). Jedoch kann der Beklagte zuvor abziehen, was er selbst an dem Pekulium zu fordern

14) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Non maior labor est* etc. pag. 346. und HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 1820. not. b.

15) *L.* 29. §. 1. *D. h. t.* Etiamsi prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio. — *L.* 47. *pr. D. eodem.* Quoties in taberna ita scriptum fuisset: *cum Ianuario servo meo geri negotium veto:* hoc solum consecutum esse dominum constat, ne institoria teneatur, non etiam de peculio.

16) *L.* 21. §. 4. *D. h. t.* POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. L not. a.

17) *L.* 30. *pr. D. h. t.* Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi si nihil sit in peculio, cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore? *Proculus et Pegasus* nihilominus teneri aiunt. Intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. *L.* 17. § 15. *D. Quib. ex caus. in possess. eat.* S. VOET h. t. §. 9. und NOODT h. t. pag. 347.

hat, oder auch was den Personen gebührt, über welche der Vater die Vormundschaft geführt, oder deren Geschäfte er sonst besorgt hat [18]); nicht minder die Forderung seines Socius [19]). Es muß sich nur aber der Beklagte keines Dolus schuldig gemacht haben [20]). Außerdem kann der

18) *L.* 9. §. 2. *et* 4. *D. h. t.* Praeterea id etiam deducatur, quod his personis debetur, quae sunt in tutela, vel cura domini, vel patris, vel quorum negotia administrant. Nam si semper praevenire dominus et agere videtur, cur non dicatur etiam hoc nomine eum secum egisse, quo nomine vel tutelae, vel negotiorum gestorum, vel utili actione tenebitur. Nam ut eleganter *Pedius* ait, ideo hoc minus in peculio est, quod domino vel patri debetur, quoniam non est verisimile, dominum id concedere servo in peculium habere, quod sibi debetur. Sane cum ex ceteris causis ipsum a semet ipso exegisse dicimus, qui negotia vel tutelam geret, cur non etiam in specie peculiari exegerit, quod exigi debuit? Defendendum igitur erit, quasi sibi eum solvere, cum quis agere de peculio conabitur.

19) *L.* 11. §. 9. *D. h. t.* Non solum autem, quod ei debetur, qui convenitur, deducendum est, verum etiam, *si quid socio eius debetur.* Besitzen mehrere das Pekulium, welche deshalb nur pro rata haften, so kann ein Jeder, welcher de peculio belangt wird, nur das abziehen, was er selbst zu fordern hat. *L.* 14. *D. h. t.*. Besitzen sie aber das Pekulium gemeinschaftlich und auf eine solche Art, daß sie deshalb in solidum haften, so kann der in Anspruch genommene auch die Forderung des andern Correalschuldners abziehen. *L.* 15. *D. eodem.*

20) *L.* 9. §. 4. *D. h. t.* Dummodo *dolo careant*, quoniam et si *per dolum* peculium vel ademerint, vel imminuerint, tenentur. *L.* 21. *pr. D. eodem.* Summa cum ratione etiam hoc peculio Praetor imputabit, *quod dolo malo domini factum est, quominus in peculio esset.* Sed *dolum malum* accipere

Vater seine Forderung abziehen, wenn auch die Forderung des klagenden Gläubigers noch so privilegirt wäre [21]). Nur unter den übrigen Gläubigern kommt der Vorzug der einen Forderung vor der andern in Betrachtung [22]). Hier muß auch derjenige, welcher zuerst klagte, Caution leisten, daß er das Empfangene zurückgeben wolle, wenn sich nachher noch ein privilegirter Gläubiger finden würde [23]). Das Recht des Vorabzugs fällt jedoch weg, wenn der Beklagte seiner Forderung wegen auf andere Art Befriedigung erhalten kann [24]), z. B. er kann actione venditi oder condictione indebiti klagen [25]). Reicht das Peculium zur Befriedigung nicht hin, so bleibt ihm zwar un-

debemus, si ei ademit peculium. Sed et si eum intricare peculium in necem creditorum passus est, *Mela* scribit, dolo malo eius factum. Sed etsi quis, quum suspicaretur, alium secum acturum, alio peculium avertat, dolo non caret. S. Haubold Diss. de Fabio Mela ICto. §. 8.

21) *L.* 52. *pr. D. h. t.* Respondi, *nullum privilegium praeponi patri vel domino potest, cum ex persona filii vel servi de peculio conveniuntur.*

22) *L.* 52. *cit.* Plane in *caeteris creditoribus* habenda est *ratio privilegiorum.*

23) *L.* 52. §. 1. *D. eodem.* Si dos filiofamilias sit data, vel tutelam administraverit, *habenda erit ratio privilegiorum in actione de peculio:* dilata interim caeterorum creditorum actione, vel interposita cautione, si priores agant, qui privilegium non habent, *restitutum iri, quod acceperunt, si inferatur postea cum patre actio privilegii.*

24) *L.* 11. §. 6. *D. h. t.* Quod autem deduci debere diximus id, quod debetur ei, qui de peculio convenitur, ita accipiendum est, *si non hoc aliunde consequi potuit.*

25) *L.* 11. §. 7. *D. eodem.*

benommen, wenn das Pekulium nachher vermehrt worden ist, wegen des Rests zu klagen[26]); zum voraus aber kann auf diesen Fall keine Caution gefordert werden[27]). Rührt die Forderung des Gläubigers weder aus einem Contract noch Quasi-Contract, sondern aus einem Delict her; so findet in der Regel die actio de peculio nicht Statt[28]), weil Verbrechen nur die Person des Delinquenten verpflichten, aber keinem Unschuldigen zum Nachtheil gereichen können, das Pekulium auch nur zur Verwaltung, aber nicht zum Delinquiren gegeben wird[29]). Zuweilen ist aber doch auch die Klage wegen eines Delicts des Sohns gegen den Vater begründet, nämlich wenn der Vater dadurch bereichert worden[30]); oder der Sohn

26) *L.* 30. §. 4. *D. h. t.* Is, qui semel de peculio egit, rursus, aucto peculio, de residuo debiti agere potest.

27) *L.* 47. §. 2. *D. eodem.* Si semel actum sit de peculio, quamvis minus inveniatur rei iudicandae tempore in peculio, quam debet, *tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii.*

28) *L.* 58. *D. de reg. iuris.* Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari. *L.* 1. §. 7. *D. de his, qui effud. vel dejecer.*

29) S. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. pag. 346. de Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 18. und Pothier Pand. Iustin. h. t. Nr. XXX. not. q.

30) *L.* 3. §. 12. *D. h. t.* Est verius, *in quantum locupletior dominus factus esset*, ex furto facto *actionem de peculio* dandam: quia iniquissimum est, ex furto servi dominum locupletari impune. Nam et circa rerum amotarum actionem filiaefamilias nomine, in id, quod ad patrem pervenit, competit *actio de peculio.* S. *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. LV. Th. 5.

schon wegen des Verbrechens verurtheilt worden ist[31]). Hier hat die actio iudicati de peculio quasi ex contractu Statt[32]). Allein wegen eines vom Sohne dem Macedonianischen Senatusconsultum zuwider contrahirten Gelddarlehns[33]), desgleichen wegen einer Schenkung findet die actio de peculio auf keine Weise Statt[34]).

31) *L.* 3. §. 11. *D. h. t.* PAPINIANUS scribit, *iudicati* quoque patrem *de peculio actione* teneri. Quod et MARCELLUS putat, etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita *iudicio contrahi*; proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem.

32) S. VOET Comm. h. t. §. 7. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. und POTHIER Pand. Instin. h. t. Nr. XXVI.

33) *L.* 6. *Cod. ad SCtum Macedon.* Bey Sklaven war es anders. Hier hatte die actio de peculio gegen den Herrn auch wegen eines aufgenommenen Darlehns Statt. *L.* 1. *Cod. Quod cum eo.*

34) *L.* 7. *pr. D. de donation.*

Lib. XV. Tit. II.

Quando de peculio actio annalis est.

§. 913.

Dauer der actio de peculio.

Die actio de peculio, welche, wenn der Sohn oder Sklave in der Gewalt des Familienvaters blieb, eine actio perpetua war, erlosch nach der Strenge des Civilrechts, wenn er in der Gewalt seines Vaters oder Herrn zu seyn aufhörte; es mochte durch den Tod, oder durch Emancipation des Sohns, oder auch bey Sklaven durch Manumission oder Veräußerung geschehen. Denn hierdurch hörte auch die Existenz des Pekuliums auf. Damit aber doch diese Strenge den Gläubigern, welche dabey außer Schuld waren, nicht zum Nachtheil gereichen möchte, so verordnete der Prätor in seinem Edict, daß die actio de peculio nach aufgehobener Gewalt noch ein Jahr wider den Vater oder Herrn, oder auch derselben Erben Statt haben sollte, wofern die Klage nicht ohnehin kürzer würde gedauert haben, wie z. B. die actio de peculio redhibitoria. Dieses Jahr ist ein annus utilis, welches nicht gerade von der Zeit an gerechnet wird, da die väterliche Gewalt aufhörte, sondern da die Klage ohne rechtliches Hinderniß angestellt werden konnte. Es sind hierüber folgende Gesetze merkwürdig.

L. 1. pr. D. h. t. Praetor ait: *Post mortem eius, qui in alterius potestate fuerit, posteave, quam is emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit, duntaxat de peculio, et si quid dolo malo eius, in cuius potestate est, factum erit, quominus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo.*

§. 1. Quamdiu servus vel filius in potestate est, *de peculio actio perpetua est*: post mortem autem eius, vel postquam emancipatus, manumissus alienatusve fuerit, *temporaria* esse incipit, id est, *annalis*.

§. 2. *Annus* autem *utilis* computabitur: et ideo si conditionalis sit obligatio, JULIANUS scripsit, ex eo computandum annum, non ex quo emancipatus est, *sed ex quo peti potuit*, conditione existente.

§. 3. Merito autem temporariam in hoc casu fecit Praetor actionem: nam cum morte vel alienatione extinguitur peculium, sufficiebat, usque ad annum produci obligationem.

§. 4. *Alienatio* autem et *manumissio* ad *servos* pertinet, non ad filios. *Mors* autem tam ad *servos*, quam ad *filios* refertur: *emancipatio* vero ad solum *filium*. Sed et si alio modo *sine emancipatione*[35]) desierit esse in potestate, annalis erit actio. Sed et si *morte pa-*

35) Zu Ulpians Zeiten gehörte hierher der Fall, wenn der Sohn flamen dialis wurde. Denn hierdurch wurde er ohne Capitisdeminution aus der väterlichen Gewalt befreit. S. ULPIANI *Fragm. Tit.* §. 10. *ult.* und GELLIUS *Lib. I. Noct. Atticar.* cap. 12.

tris, vel *deportatione* sui iuris fuerit filius, de peculio intra annum *heres patris* vel *fiscus*[36]) tenebuntur.

L. 2. *D. h. t.* Cum post mortem filiifamilias annua adversus patrem actio est, quemadmodum adversus eum esset perpetua vivo filio: ideo, si *ex causa redhibitionis* erat de peculio actio, *sex mensium* erit post mortem filii. Idemque dicendum in *omnibus temporalibus actionibus*.

Ist die actio de peculio heut zu Tage vielleicht nicht so häufig[37]), als sie bey den Römern war, so ist doch kein Grund vorhanden, die heutige Anwendbarkeit derselben überhaupt zu bezweifeln[38]), und in so fern kann denn auch noch von diesem Titel Gebrauch gemacht werden[39]).

36) Wenn nämlich das Vermögen des Vaters wegen eines Verbrechens desselben confiscirt worden war, so ging das Pekulium mit auf den Fiskus über. Zog aber der Fiskus das Vermögen wegen einer Schuldforderung ein, so verblieb dem Sohn das peculium. *L.* 3. §. 4. *D. de minorib.* S. Pothier Pand. Iustin. h. t. Nr. XXXIX. not. c.

37) Schilter Prax. Iur. Rom. Exerc. XXVII. §. 85. *de* Cocceji iur. civ. controv. Lib. XV. Tit. 1. Qu. 16. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1154.

38) Anderer Meinung sind *Io. Wilh.* Marckart Exercitation. academ. Exercit. VII. §. 1. und Carrach Diss. de different. iur. Rom. et Germ. in peculio filiofam. §. 16.

39) *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

Lib. XV. Tit. III.

De in rem verso.

§. 914.

Natur und Grund der actio de in rem verso.

Zuweilen haftet dennoch der Familienvater aus den Contracten seines Sohns oder Sklaven, wenn er auch kein Pekulium dazu gegeben, oder solches seinem Sohne oder Sklaven wieder genommen hat,* oder das Pekulium durch den Tod desselben erloschen, und auch das Jahr, binnen welchem die actio de peculio hätte angestellt werden können, verlaufen ist, oder das Pekulium zur Befriedigung des Gläubigers nicht zureicht, oder die actio de peculio ganz vergeblich war angestellet worden. Dieß ist der Fall, wenn der Gläubiger beweisen kann, daß durch das Geschäft des Beklagten Nutzen befördert worden sey, welches er mit desselben Sohne oder Sklaven geschlossen hat. Hier hat die *actio de in rem verso* Statt, welche jene Schranken der actio de peculio nicht kennt, sondern blos auf den Grundsatz der natürlichen Billigkeit gebauet ist, daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichere, und so lange Statt findet, als die versio in rem von dem Beklagten nicht vergütet worden ist. So erklärt sich über die Natur und den Nutzen dieser Klage Ulpian, wenn er *L.* 1. *D. h. t.* sagt: Si hi, qui in potestate aliena sunt, nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen: teneantur, qui eos habent in potestate, *si in rem eorum,*

quod acceptum est, conversum sit; quasi cum ipsis potius contractum videatur. Nec videtur frustra *de in rem verso actio* promissa, quasi sufficeret *de peculio*. Rectissime enim LABEO dicit, fieri posse, ut et *in rem versum* sit et cesset *de peculio actio*. Quid enim, si dominus peculium ademit sine dolo malo? Quid, si morte servi exstinctum est peculium, et annus utilis praeteriit? *De in rem verso namque actio perpetua est*, et locum habet, sive ademit sine dolo malo, sive actio de peculio anno finita est. — Certe si praeventum sit ab aliquo, et actum de peculio, de in rem verso actio an cesset, videndum? Et refert POMPONIUS, *Iulianum* existimare, de peculio actione perimi de in rem verso actionem: quia in peculium conversum est, quod in domini rem erat versum; et pro servo solutum est, quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum. Sed ita demum, *si praestiterit ex actione de peculio dominus, quod servus in rem eius verterat*: si non praestiterit, *manet actio de in rem verso*. — *L*. 10. §. 7. *D*. *eodem*. Nam ut POMPONIUS scribit, adversus lucrum domini videtur subventum.

§. 915.

Erforderniſſe der actio de in rem verso.

Die *actio de in rem verso* findet der Regel nach in den Fällen Statt, wo ein Bevollmächtigter die actio mandati, oder ein Geſchäftsverweſer die actio negotiorum gestorum anſtellen kann. Dieß iſt der Grundſatz, von welchem wir hier mit Ulpian ausgehen müſſen, wenn er *L*. 3. § 2. *D*. *h*. *t*. ſagt: Et regulariter dicimus, totiens *de in rem verso* esse *actionem*, quibus casibus pro-

curator *mandati*, vel qui negotia gessit, *negotiorum gestorum* haberet *actionem*. Nach der Analogie dieser Klagen wird also erfordert 1) daß ein Geschäft des Beklagten, und zwar 2) direct zu desselben Nutzen, und 3) in der Absicht, den Beklagten dadurch verbindlich zu machen, müsse besorgt worden seyn[40]). Es ergeben sich hieraus folgende Wahrheiten.

I) Hat ein noch unter väterlicher Gewalt stehender Sohn einen Contract geschlossen, durch dessen Gegenstand der Vater zwar wirklich bereichert worden ist; er hat ihn aber nicht für den Vater, um ein Geschäft desselben zu besorgen, sondern für sich, um seines Pekuliums willen, geschlossen, so ist die actio de in rem verso nicht zuläßig, sondern es muß die actio de peculio angestellet werden, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 5. §. *ult. D. h. t.* Placet, non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. Hoc autem toties verum est, *quoties servus rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus.*

L. 7. §. 2. *D. eodem.* Illud verum non[41]) est, quod MELA scribit, si servo meo argentum dederis

40) S. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. II. pag. 431.

41) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. glaubt, Mela habe Recht, und Ulpian könne unmöglich desselben Meinung verworfen haben. Man müsse also das NON als überflüßig ausstreichen. Denn da der Sklave die Becher nicht gerade aus eben dem Silber, was ihm dazu von dem Besteller derselben war gegeben worden, sondern nach seinem Belieben auch aus jedem andern Silber habe verfertigen sollen, so sey

ut pocula tibi faceret *ex quolibet argento*[42]), mox, factis poculis, servus decesserit, esse tibi adversus me

sein Herr Eigenthümer derselben geworden, und ihm stehe deshalb mit Recht die Reivindication zu. Der Besteller der Becher hingegen sey, wegen des dazu gegebenen Silbers, nur als Gläubiger des Sklaven anzusehen; *L.* 27. §. 2. *D. de auro et argento leg.* folglich stehe ihm nur eine persönliche Klage gegen den Herrn desselben zu. Dieß könne aber keine andere, als die *actio de in rem verso* seyn, weil ja der Herr durch das seinem Sklaven gegebene Silber bereichert sey, als welches zu den Bechern verwendet worden, wovon der Herr das Eigenthum erworben hat. So passe nun auch der Grund vollkommen: *quoniam possum pocula vindicare.* Denn der Schluß sey vollkommen richtig: weil aus deinem Silber meine Becher gemacht sind, so ist dein Silber in meinem Nutzen verwendet worden. Allein dem allen ungeachtet hat dennoch Ulpian die Meinung des Mela mit Recht verworfen. Denn offenbar hatte ja hier der Sklave kein Geschäft für seinen Herrn geschlossen, sondern für sich selbst gehandelt. Das Geschäft war also ein bloßes negotium peculiare. Er nützte dadurch seinem Herrn nur Folgeweise. Durch eine solche blos mittelbar geschehene Verwendung aber wird die actio de in rem verso nicht begründet. S. Pothier Pand. Iustin. h. t. Nr. III. not. a. p. 332. und Thibaut System des P. R. 1. Th. §. 374.

42) Die Worte *ex quolibet argento* scheinen den Auslegern Schwierigkeit zu machen. Man sehe Haubold Diss. de Fabio Mela ICto §. 9. Hier wird eine doppelte Erklärung in Vorschlag gebracht. Die eine wird auf die Gewohnheit der Römer gegründet, welche ihre Gefäße nicht aus reinem Silber, sondern aus einer vermischten Masse zu verfertigen pflegten. Die andere besteht darin, daß dem Sklaven überlassen worden sey, die Becher auch aus jedem andern, als dem ihm dazu gegebenen Silber, zu verfertigen. Die letzte Erklärung verdient allerdings den Vorzug. Denn wäre aus-

de in rem verso actionem, quoniam possum pocula vindicare[43]).

L. 7. §. 4. *D. h. t.* Idem (sc. LABEO) ait, et si hereditatem a servo tuo emero, quae ad te pertinebat, et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, *ex emto actione* me id ipsum consecuturum; videri enim in rem tuam versum[44]): nam et si hereditatem a servo emero, ut, quod mihi ab ipso servo debebatur, compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex emto, quod

bedungen worden, daß die Becher aus dem gegebenen Silber gemacht werden sollten, so wäre der Besteller derselben Eigenthümer des Silbers geblieben, und die daraus verfertigten Becher wären sein Eigenthum geworden. Allein nach dem mit dem Sklaven geschlossenen Vertrage war das Silber an denselben veräußert, darum waren die daraus gemachten Becher Eigenthum des Herrn geworden, und er konnte sie also, als zum Pekulium des Sklaven gehörig, vindiciren. Es läßt sich also wohl nicht behaupten, daß die Worte: *ex quolibet argento*, als ganz überflüßig, hätten wegbleiben können.

43) Einige wollen diese letzten Worte so verstehen, als ob die actio de in rem verso darum unzuläßig sey, weil dem Besteller der Becher die re vindicatio zustehe. Allein gegen diese Erklärung hat schon Anton Faber a. a. O. sehr gründlich erinnert, daß es alsdann hätte heißen müssen: *quoniam potes pocula vindicare.* Hoc vero falsissimum est, fügt er mit Recht hinzu, posse te pocula vindicare, quae ex argento tuo servus meus fecerit, si argentum tuum ei sic dederas, ut ex quolibet argento pocula tibi faceret. Mea namque sunt, non tua.

44) Der Grund des Labeo war, weil der Herr dadurch reicher geworden war, daß ihn der Käufer der Erbschaft von den erbschaftlichen Schulden frey gemacht hatte.

ad dominum pervenit[45]). Ego autem non puto, *de in rem verso* esse *actionem* emtori, *nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret*[46]).

L. 3. §. 5. *D. eodem.* Idem LABEO ait: si servus mutuatus nummos a me, alii eos crediderit, *de in rem verso dominum* teneri, quod nomen ei adquisitum est. Quam sententiam POMPONIUS ita probat, *si non peculiare nomen fecit*, *sed quasi dominicae rationis*: ex qua causa hactenus erit dominus obligatus, ut, si non putat, sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus, procuratoremque eum faciat[47]).

45) Bis hierher hat Ulpian blos die Meinung des Labeo vorgetragen, welche er in den folgenden Worten berichtiget.

46) D. i. die actio de in rem verso würde nur dann Statt haben, wenn der Sklave die Erbschaft, als seinem Herrn gehörig, verkauft hätte, in der Meinung, ein Geschäft desselben zu besorgen. S. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. III. not. d.

47) Wenn also der Sklave das Geld geborgt hatte, um es wieder an einen Andern auszuleihen; so kam es nach der Meinung des Pomponius darauf an, ob er dieses für seinen Herrn that, um ihm dadurch einen Schuldner zu verschaffen, oder ob er blos für sich handelte, um ein nomen peculiare zu haben. Im letztern Falle findet die *actio de in rem verso* nicht Statt. Zwar ist der Herr dadurch bereichert worden, daß der Sklave durch das unternommene Geldgeschäft sein Pekulium vermehrt hat. Allein dieses begründet nur die *actio de peculio*. In dem ersten Falle hingegen ist die *actio de in rem verso* zwar an sich keinem Zweifel unterworfen. Da jedoch der Herr dem Gläubiger, der seinem Sklaven das Geld geliehen hat, mit der *actio de in rem verso* blos darum haftet, weil der Sklave das Geld wieder für den Herrn aus-

L. 3. §. 7. *D. de peculio.* **Cui congruit, quod JULIANUS scribit: Si a filio meo fideiussorem accepero, quidquid a fideiussore accepero, id me non** ***de in rem verso***, **sed** ***de peculio actione*** **mandati praestaturum**[48]). **Idem accipias et in servi fideiussore. Idemque si alius mihi pro filio meo debitore solvisset.**

Ist es zweifelhaft, ob der Sohn ein Geschäft für seinen Vater oder für sich selbst, um seines Peculiums willen, geschlossen habe; z. B. er nahm Geld auf, und be-

geliehen, und ihm dadurch eine Schuldforderung erworben hat; so kann er die Klage dadurch abwenden, wenn er dem Gläubiger seine Forderung cedirt, insofern ihm nämlich damit nichts gedient ist, einen Schuldner zu haben, von dem vielleicht künftig das Geld nur durch einen verdrießlichen Prozeß einmal wieder zu erhalten wäre. Nach Recht und Billigkeit kann der Gläubiger weiter nichts verlangen. **In omnibus enim,** sagt Scävola *L.* 51. *in fin. D. de peculio*, **quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro iusta praestatione est.** S. *Ant.* FABER **Rational. in Pand. ad** *L.* 3. §. 5. *D. h. t.* **pag. 246.**

48) Denn wenn gleich das Geld, was mir der Bürge meines Sohns dem Auftrage desselben zu Folge bezahlt hat, in meine Hände gekommen ist; so hat doch mein Sohn, wenn er mir einen Bürgen stellte, und diesem den Auftrag gab, mich zu bezahlen, direct sein eignes Geschäft besorgt. S. POTHIER **Pandectae Iustin. Tom I. h. t. Nr. IV. not. f. p. 432.** Klagt also der Bürge wegen seiner Entschädigung, so kommt ihm zwar die **actio mandati** gegen meinen Sohn zu, welche auf das Ganze geht. Klagt er aber gegen mich, den Vater, so kann er nicht ***actione de in rem verso***, sondern blos ***actione de peculio*** klagen. Eben so ist es auch, wenn Jemand, ohne vorhergegangene Bürgschaft, mir eine Forderung an meinen Sohn bezahlt hätte. S. *Ant.* FABER **Rational. in Pand. ad L. 3. §. 7. D. de pecul.**

zahlte damit einen Gläubiger, welchem sowohl er selbst, als sein Vater schuldig war; so ist im Zweifel anzunehmen, der Sohn habe in eigenem Namen gehandelt, und sich vielmehr, als seinen Vater von seiner Schuld befreien wollen. Zwar nützt diese Befreiung auch Folgeweise dem Vater, weil er hierdurch von dem Anspruche des Pekuliargläubigers seines Sohns befreyet wird. Allein dieser Umstand begründet noch keine *actio de in rem verso* gegen den Vater, wenn nicht der Sohn direct zu dessen Nutzen gehandelt hat. Dieses würde z. B. dann der Fall seyn, wenn der Vater das Geld zur Bezahlung seiner Schuld von dem Sohne empfangen hätte, wie folgende Gesetzstelle bestätigt.

L. 10. §. 10. *D. h. t.* Idem (POMPONIUS) tractat, an ex eventu possit in rem patris filius vertere: veluti si duo rei, pater et filius fuerint[49]), et filius mutuatus *suo nomine* solvat: vel si filio iussu patris credidisti, et filius creditum tibi solvisset? Mihi videtur, *si quidem pecunia ad patrem pervenerat, videri in rem versum*: quod *si non fuit, et* SUUM NEGOTIUM *gerens filius solvit, non esse de in rem verso actionem.*

Hätte der Sohn das Geld auch zu einem andern Zweck aufgenommen, was er nachher zu Besorgung eines Geschäfts seines Vaters und zu desselben Nutzen verwendet hat, so ist dennoch die actio de in rem verso begründet. Ulpian sagt *L.* 3. §. 1. *in fin. D. h. t.* Hoc enim iure utimur, ut etiam si prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse *de in rem verso actio* possit.

49) Es ist nicht nöthig, mit *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. gerade correi debenti hier anzunehmen.

II. Eine *versio in rem* ist vorhanden, wenn durch das von dem Sohn geschlossene Geschäft entweder das Vermögen des Vaters vermehrt, oder demselben dadurch pflichtmäßige Ausgaben erspart worden sind[50]). Dahin gehört z. B. wenn der Sohn Geld aufnahm, um eine dringende Schuld seines Vaters damit zu bezahlen, oder um sich den nöthigen Unterhalt und Kleidung zu verschaffen, oder um seiner Schwester oder Tochter ein Heyrathsgut zu bestellen, welches ihr der Vater zu geben schuldig war. Es sind hier folgende Gesetzstellen merkwürdig.

L. 3. §. 1. *D. h. t.* IN REM autem VERSUM videtur, sive id ipsum, quod servus accepit, in rem domini convertit (veluti si triticum acceperit, et id ipsum in familiam domini, cibariorum nomine, consumserit; aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit: sed et si erravit in solvendo, et putavit creditorem eum, qui non erat, aeque in rem versum esse, POMPONIUS ait, quatenus indebiti repetitionem dominus haberet) sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit, (veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam, vel si ad vestiendam).

§. 2. Et regulariter dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, — quotiens aliquid consumsit servus, *ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem.*

50) S. *Io. Iac.* ROESSING Diss. de versione in rem, et quidem eius natura, indole et effectibus secundum principia iuris civilis. *Goettingae* 1799.

§. 3. Proinde si servus sumsit pecuniam, ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini (id est, usque ad eum modum, quem dominus ei praestare consueverat) in rem videri domini vertisse, Labeo scribit. Ergo idem erit et in filio.

L. 7. §. 5. D. h. t. **Si filiusfamilias pecuniam mutuatus, pro filia sua dotem dederit, *in rem versum patris videtur, quatenus avus pro nepte daturus fuit.* Quae sententia ita demum mihi vera videtur, *si hoc animo dedit, ut patris negotium gerens.***

L. 8. D. eodem. **Et nihil interesse Pomponius ait, filiae suae nomine, an sororis, vel neptis ex altero filio natae dederit. Idem ergo dicemus, et si servus mutuatus fuerit, et domini sui filiae nomine in dotem dederit.**

L. 9. D. eodem. Si vero pater dotem daturus non fuit, in rem patris versum esse non videtur.

Zu den Fällen einer versio in rem ist auch noch der zu zählen, wenn der Sohn den Vater von einer Verbindlichkeit oder Klage befreit hat. Z. B. der Sohn hat für den Vater Bürgschaft geleistet, und dem Gläubiger die Schuld bezahlt; oder der Sohn hat den Vater, als defensor, vor Gericht vertreten, welche Beyspiele Ulpian anführt *L.* 10. *pr. et* §. 1. *D. h. t.*

Hat der Sohn für den Vater ohne dessen Geheiß eine Sache gekauft, so war sie entweder dem Vater nöthig, oder blos nützlich. Im erstern Falle haftet der Vater für den ganzen bedungenen Kaufpreiß mit der actio de in rem verso, wenn auch der Sohn zu theuer gekauft hätte. In dem letztern Falle aber kommt es darauf

an, was die Sache wirklich werth ist. Hat daher der Sohn die Sache zu theuer gekauft, so ist nur bis auf den wahren Werth derselben eine versio in rem patris vorhanden. Ist hingegen die Sache mehr werth, so wird nur der Kaufpreis in Anschlag gebracht.

L. 5. *pr. D. h. t.* Si res domini non necessarias emerit servus, quasi domino necessarias, veluti servos: hactenus videri in rem eius versum, POMPONIUS scribit, quatenus servorum verum pretium facit: cum, si necessarias emisset, in solidum, quanto venissent, teneretur.

L. 12. *D. eodem.* Si fundum patri dominove emit servus vel filiusfamilias, versum quidem esse videtur: ita tamen, ut sive minoris sit, quam est emtus, tantum videatur in rem versum, quanti dignus sit; sive pluris sit, non plus videatur in rem versum, quam emtus est.

Unternahm der Sohn ein Geschäft zum Besten des Vaters, z. B. er kaufte nöthiges Getreide, oder nahm zur Bestreitung nothwendiger Haushaltungskosten, welche er dadurch dem Vater ersparte, Geld auf; so ist die actio de in rem verso begründet, wenn auch das, was der Gläubiger hergab, oder die dafür angeschaffte Sache durch Zufall verunglückt, oder verdorben, oder verloren gegangen wäre. Denn auch der Procurator, oder der negotiorum gestor würde durch einen solchen Zufall, welcher billig nur den Eigenthümer trifft, sein Klagerecht nicht verlieren.

L. 3. §. 7. *D. h. t.* Recte dicitur, et si frumentum comparavit ad alendam domini familiam, et in

horreo dominico reposuit, et hoc periit, vel corruptum est, vel arsit, videri versum.

L. 3. §. 8. *eod.* Sed et si servum domino necessarium emisset, isque decessisset, vel insulam fulsisset, eaque ruisset, dicerem, esse de *in rem verso actionem.*

L. 17. *pr. D. eodem.* Servus *in rem domini* pecuniam matuatus, *sine culpa* eam perdidit. Nihilominus posse cum domino de in rem verso agi, existimavi. Nam et si *procurator* meus in negotia impensurus pecuniam mutuatus, *sine culpa* eam perdiderat, recte eum hoc nomine *mandati*, vel *negotiorum gestorum* acturum.

III. Nicht immer wird durch wirkliche Verwendung der Sache die actio de in rem verso gegen den Vater begründet, wenn nicht der Sohn auch die Absicht hatte, seinen Vater verbindlich zu machen. Z. B. der Sohn nimmt Geld auf, oder er kauft Etwas, um seinem Vater damit ein Geschenk zu machen. Hier fällt nach Ulpian *L.* 7. *pr. D. h. t.* die actio de in rem verso weg[51]). Ein Anders wäre, wenn der Sohn das Geld aufgenommen hätte, um damit eine Schuld des Vaters, jedoch ohne sich denselben verbindlich zu machen (donandi animo), zu bezahlen. Hier ist die actio de in rem verso allerdings

51) Unrichtig setzt hier *Ant.* Faber in Rational. in Pand. ad h. L. den Grund der Entscheidung darin, *quia donatio rei peculiaris a servo collata, nihil addit iuri dominii, quod habebat dominus in rebus omnibus peculiaribus ante donationem, nisi quod facit, ut peculiaris esse desinat, qualis antea erat.* Man sehe vielmehr Pothier Pand. Iustin. h. t. Nr. XII. und Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 5. in fin.

begründet. Denn der Vater ist hierdurch von einer Schuld befreiet, und also unstreitig reicher geworden [51]). So hängen folgende Gesetzstellen zusammen.

L. 7. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* Et ideo, *et si donaverit servus domino rem peculiarem*, actio *de in rem verso* cessabit. Et sunt ista vera. — Plane si mutuum servus acceperit, et *donandi animo* solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, *de in rem verso actio est.*

L. 10. §. 2. *D. eodem.* Idem tractat PAPINIANUS, et si, quod patrem dare oporteret, a filio sim stipulatus, et ita convenerim filium: nam et hic *de in rem verso* fore actionem; *nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat* [52]).

§. 916.

Fälle, wo die actio de in rem verso in der Regel wegfällt.

Die actio de in rem verso findet nach den vorausgeschickten Grundsätzen nicht Statt, I) wenn das, was für den Beklagten verwendet worden, mehr auf einen überflüssigen Aufwand und Ueppigkeit hinausläuft, als daß es ihm zum Nutzen gereicht. Denn auch der Prokurator kann solcher Auslagen wegen keinen Ersatz fordern. Der Gläubiger kann sich hier blos an das halten, was mit seinem Gelde angeschafft worden, sofern es ohne Schaden einer andern Hauptsache, welche etwa dadurch hat verzieret werden sollen, weggenommen, und getrennt werden kann. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn ein solcher Aufwand

52) *L.* 66. *in fin. D. de solut.*

53) Man sehe über diese Stelle SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVII. §. 95. et 96.

mit Willen des Beklagten gemacht worden ist, oder Schicklichkeit und Anstand diese Kosten erforderten, oder der Beklagte mit dergleichen Waaren zu handeln, oder derselbe sonst einen solchen Aufwand zu machen pflegte, wozu der Kläger das Geld hergeschossen hat[54]). Nur wird in diesem letzten Falle erfordert, daß nicht mehr aufgewendet worden sey, als derjenige, für den der Aufwand gemacht worden, selbst dazu herzugeben pflegte, wie folgende Gesetzstellen lehren.

L. 3. §. 4. *D. h. t.* **Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis[55]), et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum; quia nec procurator haec imputaret: nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit. Nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. Quid ergo est? Pati debet dominus, creditorem haec auferre, sine domus suae videlicet iniuria: ne cogendus sit dominus vendere domum, ut, quanti pretiosior facta est, id praestet[56]).**

54) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

55) Was *Tectoria* sind, ist im 9. Th. §. 635. S. 246. Not. 91. erklärt worden.

56) Hätte jedoch die Sache durch die Verzierungen einen höhern Werth erhalten, und sich dazu ein Liebhaber gefunden, der eben deswegen mehr für die Sache zahlen will; so würde allerdings eine versio in rem vorhanden seyn; und der Gläubiger wenigstens Ersatz dessen fordern können, was der Käufer jetzt mehr für die Sache bezahlt hat, als er sonst gegeben haben würde.

L. 3. §. 6. *D. eodem.* Necnon illud quoque in rem domini versum, LABEO ait, quod mutuatus servus, *domino emit volenti ad luxuriae materiam*, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumtus subministravit: *neque enim spectamus, an bono domini cesserit, quod consumtum est, sed an in negotium domini.*

L. 7. §. 3. *D. eod.* Illud plane verum est, quod LABEO scribit, si odores et unguenta servus emerit, et ad funus erogaverit, quod ad dominum suum pertinebat; videri in rem domini versum.

L. 10. *D. de impensis in res dotal. fact.* — si hae res, in quibus impensae factae sunt, *promercales* fuerint: tales impensae non *voluptuariae*, sed *utiles* sunt.

II) Wenn der Vater dem Sohne das Geld zur Abfindung des Gläubigers gegeben hat, so findet die actio de in rem verso nicht weiter Statt, gesetzt auch, daß der Sohn das Geld verschleudert hätte, wenn nur der Vater dabey ohne Arglist handelte. Der Gläubiger muß sich deshalb an den Sohn halten, welcher immer der Hauptschuldner bleibt. Dem Vater hingegen kann um so weniger zugemuthet werden, das, was der Sohn für ihn verwendet hatte, noch einmal zu bezahlen, da der Sohn sein nächster Gläubiger war, mithin auch durch Bezahlung desselben von seiner Schuld befreiet wurde [57]). Die actio de in rem verso ist nicht einmal dann weiter zuläßig, wenn auch der Vater es wußte, daß man seinem Sohne kein Geld sicher anvertrauen könne, und er ihm dennoch

57) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 10. §. 6. D. h. t.

das Geld, womit der Gläubiger befriediget werden sollte, zum Nachtheil desselben in die Hände gab. Indessen begründet doch diese Arglist des Vaters wenigstens die actio doli mali, wie Ulpian lehrt *L.* 10. §. 6. *D. h. t.* VERSUM autem sic accipimus, *ut duret versum*: et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum, vel filio. Si tamen *in necem creditoris*, id est, perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis[8]) solutum sit, *desinit quidem versum*: aequissimum autem est, *de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem.*

III. Wenn der Sohn zwar das Geld namentlich zum Besten des Vaters aufnahm, aber es durch eigne Schuld nicht dazu verwandte, und also den Gläubiger hinterging; so haftet der Vater nicht, wenn auch der Sohn schon öfters für den Vater Geld aufgenommen, und es immer zweckmäßig verwendet hätte. Denn der Gläubiger darf hier nicht leichtgläubig seyn, sondern muß sich selbst um die Verwendung bekümmern. Sed si sic accepit, sagt Ulpian *L.* 3. §. 9. *D. h. t. quasi in rem domini verteret*, nec vertit, et decepit creditorem, *non videtur versum, nec tenetur dominus*: ne credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret. Quid tamen, si is fuit servus, *qui solitus erat accipiens vertere?* adhuc non puto nocere domino, si alia mente servus accepit: aut si, cum hac mente accepisset, postea alio vertit. *Curiosus igitur debet esse creditor*, *quo vertatur.*

8) Das Erlanger Pandecten-Manuscript lieset hier richtiger *quatenus* solutum sit.

IV. Ist das Geld nicht ganz zum Besten des Vaters verwendet worden, so kann nur gegen den Vater geklagt werden, so weit die Verwendung Statt fand. Si pars versa est, de parte erit actio, sagt Ulpian *L.* 10. §. 4. *D. h. t.* Dahingegen fällt

V. die Klage ganz weg, wenn der Gläubiger die angebliche Verwendung nicht beweisen kann[59]). Dieser Beweis liegt jederzeit dem Kläger ob, weil hierin der factische Grund seiner Klage liegt[60]). Das bloße Geständniß des Sohns, wenn es auch in dem Schuldbekenntniß enthalten wäre, ist zu diesem Beweise nicht hinreichend. Denn ein solches Geständniß kann dem Vater zu keinem Nachtheil gereichen. Jedoch kann der Gläubiger den Sohn, welchem er das Geld zum Behuf einer nützlichen Verwendung für den Beklagten gab, wenigstens zur rechtlichen Vertretung auffordern[61]).

§. 917.

Wem steht die Klage zu? gegen wen wird sie angestellt? und worauf geht sie? Actio de in rem verso utilis?

Die actio de in rem verso steht dem Gläubiger des Sohns zu, welcher dasjenige, was er mit dieser Klage fordert, zu einem Geschäft hergegeben hat, wodurch der Nutzen des Vaters befördert worden ist, und zwar hat

59) *L.* 7. *pr. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest.* S. Hofacker Princ. iur. civ. Tom. III. §. 1813.

60) §. 5. *I. Quod cum eo.* Müller ad *Struvium* Exerc. XX. Th. 74. not. *β*. Anderer Meinung ist Pufendorf Observat. iur. univ. T. III. Obs. 143.

61) S. Stryck Us. mod. Pand. Lib. XII. Tit. 1. §. 18.

nur der Hauptgläubiger, nicht aber der Bürge, diese Klage. Letzter kann sich blos der actio de peculio bedienen. Neratius sagt *L.* 18. *D. h. t.* Quamvis in eam rem pro servo meo *fideiussoris*, quae ita contracta est, *ut in rem meam versaretur:* veluti, si cum servus frumentum emisset, quo familia aleretur, venditori frumenti fideiusseris: Propius est tamen, ut *de peculio* eo nomine, non *de in rem verso* agere possis: ut unius duntaxat in quoquo contractu *de in rem verso* sit actio, *qui id ipsum credidit, quod in rem domini versum est.* Haben zwey dem Sohn zu demselben Zweck creditirt, so können zwar beyde klagen; hat aber der Beklagte einen derselben befriediget, so hat der andere keine Klage mehr. Es tritt hier die Regel ein: *occupantis melior conditio est*, weil es unbillig seyn würde, wenn man den Vater verurtheilen wollte, das Nämliche zweymal zu bezahlen. Z. B. ein Sohn nimmt in der Abwesenheit seines Vaters namentlich Geld auf, um sich die nöthigen Kleider anzuschaffen. Er verliert aber das Geld ohne seine Schuld. Gleichwohl creditirt ihm der Kaufmann, ohnerachtet er das Geld für die Kleider nicht bezahlte. Hier hat sowohl der Gläubiger, als der Kaufmann die actio de in rem verso, wenn auch nachher die Kleider selbst verunglückt wären, weil beyde das Ihrige zum Nutzen des Vaters hergegeben haben. So entscheidet Ulpian *L.* 3. §. *ult. D. h. t.* Si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam, et nummi perierint, quis de in rem verso agere possit: utrum creditor, an venditor? Puto autem si quidem pretium numeratum sit, creditorem de in rem verso acturum, etsi vestis perierit. Si autem non fuit pretium solutum, ad hoc tamen data pecunia, ut vestis

emeretur, et pecunia perierit, vestis tamen familiae divisa est, utique creditorem de in rem versu habere actionem. An et venditor habeat, quia res eius pervenerunt in rem domini? Ratio hoc facit, ut teneatur. Unde incipit dominus teneri ex una causa duobus: proinde etsi tam pecunia, quam vestis periit, dicendum erit, utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt. Allein Cajus *L. 4. D. eodem.* bestimmt dieses näher dahin: Sed dicendum est, *occupantis meliorem conditionem esse debere*: nam, utriusque condemnari dominum de in rem verso, iniquum est.

Die Klage wird gegen den Familienvater angestellt, zu dessen Nutzen des Klägers Vorschuß geschehen ist[62]), oder desselben Erben[63]), und geht auf Ersatz dessen, was der Kläger aus dem mit des Beklagten Sohn geschlossenen Geschäft zu fordern hat, so weit die Verwendung erweißlich ist[64]); auf Zinsen aber anders nicht, als wenn sie ausbedungen worden sind[65]).

Da in den Gesetzen dieses Titels überall bey dieser Klage vorausgesetzt wird, daß man mit einer in des Be-

62) §. 4. *I. Quod cum eo, qui in alien. pot. L.* 1. *pr. D. h. t.*

63) *L.* 7. *pr. Cod. Quod cum eo, qui in alien. pot.*

64) *L.* 10. §. 4. *D. h. t.* §. 4. *I. Quod cum eo.*

65) *L.* 10. §. 5. *D. h. t.* Sed utrum in sortem duntaxat tenebitur dominus, an et *in usuras*? Et si quidem promisit usuras, MARCELLUS Lib. 5. Digestorum scribit, dominum praestaturum: sed si non sint promissae, utique non debebuntur, quia in stipulatum deductae non sunt. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. und STRYCK Us. mod. Pand. h. t. §. 4.

klagten Gewalt stehenden Person zum Nutzen desselben ein Geschäft geschlossen haben müsse; so entsteht die Frage, ob nicht die actio de in rem verso auch in dem Falle utiliter zu gebrauchen sey, wenn man zu des Beklagten Nutzen mit einer solchen Person contrahirt hat, welche nicht unter desselben Gewalt steht, z. B. mit des Beklagten Vormund, oder Bevollmächtigten, oder negotiorum gestor? In der Praxis ist die Bejahung dieser Frage gar keinem Zweifel unterworfen[66]). Man theilt daher die actio de in rem verso ein, in *directa* und *utilis*. Allein in der Theorie ist es streitig. Gerh. Noodt[67]) läugnet es schlechterdings, daß dasjenige, was bey Personen, welche unter der Gewalt eines Familienhaupts stehen, als ein besonderes Recht vom Prätor verordnet worden ist, auf gewaltfreie Personen, invito Praetore, ausgedehnt werden dürfe. Hat ein negotiorum gestor zum Nutzen des Eigenthümers, dessen Geschäften er sich unterzog, mit einem Dritten contrahirt, so sey zwar er selbst aus diesem Contract dem Dritten verbindlich geworden, aber den Geschäftsherrn habe er dem Dritten nicht verbindlich gemacht, wenn gleich das von dem letztern vorgeschossene Geld in des erstern Nutzen verwendet worden sey. Warum? weil er sich nicht in der Gewalt des Geschäftsherrn befindet. Daher gehe das Edict des Prätors nicht auf ihn. Allein dieser Meinung steht die *L.* 7. §. 1. *Cod. Quod cum eo*

66) Müller ad *Struvium* Exercit. XX. Th. 75. not. g. Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 3. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. Hofacker Princip. iur. civ. T. III. §. 1811. und Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1156.

67) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 349.

offenbar entgegen, wo gesagt wird: Alioquin, si *cum libero res eius agente*, cuius praecibus meministi, *contractum habuisti*, et eius personam elegisti; pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi *vel in rem eius pecunia processit*, vel hunc contractum ratum habuit. Noodt wendet zwar dagegen ein, daß diese Stelle nicht von der actio de in rem verso, sondern von der actio utilis negotiorum gestorum zu verstehen sey. Allein dieser Einwand widerlegt sich dadurch, daß die letztere Klage von dem Geschäftsführer selbst angestellt wird; hier aber offenbar von dem Gläubiger die Rede ist, welcher mit dem negotiorum gestor contrahirt hat. Diesem wird hier in zwey Fällen eine Klage gegen den Geschäftsherrn gestattet, a) wenn das Geld zu dessen Nutzen verwendet worden, welches der Geschäftsführer für ihn aufgenommen hatte, und b) wenn der Geschäftsherr den Contract genehmiget hat. Es lehrt auch der ganze Zusammenhang mit den vorhergehenden Worten dieses Gesetzes, daß von der actio de in rem verso die Rede sey[68]). Geschieht nun also auch in den Gesetzen dieses Titels der Pandecten der actio utilis de in rem verso in jenem Sinn[69]) keine

68) S. *Hug*. Donellus Comment. ad h. L. 7. Cod. Quod cum eo. nr. 2. pag. 155.

69) In der *L*. 20. *et* 21. *D*. *h*, *t*. ist zwar von einer actio de in rem verso utilis die Rede. Allein auch hier hatte die Tochter ein Geschäft ihres Vaters besorgt, indem sie das Geld zur Bestreitung der ihr von ihrem Vater versprochenen Kosten des Unterhalts von ihrem Ehemanne borgte. Weil es jedoch noch zweifelhaft war, ob sie die Absicht gehabt habe, ein Geschäft des Vaters zu besorgen, und sich denselben verbindlich zu machen, und ob daher eine wahre versio in rem vorhanden

Erwähnung, so lehrt doch die angeführte Stelle aus dem Codex unwidersprechlich, daß man in der Folge die actio de in rem verso, die anfangs nur gegen den Vater und Herrn gestattet wurde, utiliter auch aus den Geschäften einer solchen Person, welche in des Beklagten Familien-Gewalt nicht ist, mit einem Dritten, so fern sie dem Beklagten erweißlich zum Nutzen gereichen, zugelassen habe[70]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß diese Klage auch gegen den Statt findet, der sich selbst willkührlich nicht verpflichten kann, weil hier die Verbindlichkeit ex re, d. i. ohne Einwilligung des Verpflichteten, aus der Billigkeit entspringt. Sie kann daher auch gegen Pupillen und Minderjährige angestellt werden, wenn der Kläger mit dem Vormunde zum Nutzen derselben contrahirt hat[71]).

L. 3. *Cod. Quando ex facto tutor.* Si *in rem minoris* pecunia profecta sit, quae curatori vel tutori eius, nomine minoris, mutuo data est, merito *personalis* in eundem minorem *actio* danda est.

Ganz irrig hingegen ist es, wenn Leyser[72]) behauptet, die actio de in rem verso, welche an sich eine bloße

sey, so wird nur eine actio utilis gestattet, welche überhaupt alsdann Statt findet, wenn es zweifelhaft ist, ob die actio directa zuläßig sey. *L.* 21. *D. de praescript. verbis.* S. *Ant.* Faber Rational. in Pand ad L. 20. pr. D. h. t. Pothier Pand. Iustin. h. t. Nr. VIII. not. b. und *Ulr.* Huber Eunomia Rom. pag. 576. sqq.

70) S. Kind Quaest. for. Tom. I. cap. 35. und Thibaut System des P. R. 1. Bd. §. 373.

71) *L.* 20. §. 1. *D. h. t.* S. Müller ad *Struvium* Ex. XX. Th. 75. not. a.

72) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXVII. medit. 1.

Personalklage ist, nehme die Natur eine Realklage an, wenn die Sache oder das Geld des Klägers auf die Erhaltung oder Verbesserung einer fremden Sache dergestalt verwendet worden sey, daß der Nutzen mit der Sache auf jeden Besitzer derselben übergeht. Denn hier sey die Forderung des Klägers mit einer stillschweigenden Hypothek versehen. Der Ungrund dieser Meinung ergibt sich schon daraus, weil durch die bloße Verwendung an sich die actio de in rem verso nicht begründet wird, wenn sie nicht in der Absicht geschehen ist, ein Geschäft des Beklagten dadurch zu besorgen[73]). Wie kann also daraus eine causa civilis entstehen, einen Dritten zu verpflichten, der die Sache, wegen welcher die Verwendung geschahe, besitzt? Sodann aber beweisen selbst die vom Leyser angeführten Gesetzstellen[74]), daß der Gläubiger sein Geld namentlich zur Erhaltung der Sache des Schuldners creditirt haben müsse, wenn ihm deshalb eine Hypothek zustehen soll. Mit Recht ist daher diese Meinung schon von andern[75]) verworfen worden, wenn ihr gleich Hellfeld seinen Beyfall gibt.

73) *L.* 5. §. 3. *L.* 7. §. 5. *D. h. t.* *L.* 13. *Cod. Si certum petat.*

74) *L.* 5. *et* 6. *D. Qui potiores in pign.*

75) S. *Ge. Lud.* Boehmer Electa iuris civ. Tom. I. Exerc. XII. §. 18. Webers Versuche über das Civilrecht. S. 188. §. 18. *Io. Ern. Iust.* Müller Observat. pract. ad *Leyserum.* Tom. II. Fasc. I. Observat. 355. und *Io. Iac.* Roessing Diss. cit. de versione in rem. §. 13. not. 1.

Lib. XV. Tit. IV,

Quod iussu.

§. 919.

Begriff und Natur der *actio quod iussu.*

Ohne alle Rücksicht auf ein Pekulium, oder auf nützliche Verwendung haftet der Vater aus dem Contract seines Sohns alsdann, wenn er ihm den Befehl gab, das Geschäft zu schließen, aus welchem er belangt wird. Die Klage, welche in diesem Falle der Prätor gegen den Vater gibt, heißt *actio quod iussu*, oder auch *de iussu*[76]), und gewährt den Vortheil, daß sie immer auf das Ganze geht, der Sohn mag das, was er aus dem mit dem Dritten geschlossenen Geschäft erhielt, nützlich verwendet haben, oder nicht; denn der Gläubiger traut hier blos dem Vater.

L. 1. *D. h. t.* Merito ex iussu domini *in solidum* adversus eum iudicium datur. Nam quodammodo cum eo contrahitur, qui iubet.

L. 2. §. 1. *D. eodem.* Si iussu domini ancillae, vel *iussu patris* filiae creditum sit, danda est in eos *quod iussu actio.*

76) *L. ult. D. h. t.*

§. 1. *I. Quod cum eo, qui in alien. potest.* **Si iussu domini cum servo negotium erit, *in solidum* Praetor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.**

L. 5. Cod. ad SCtum Macedon. **Sane si *iussu patris* datum mutuum probetur: *nec in quos usus versa sit pecunia disquiri necesse est*, sed perpetua in patrem etiam mortuo filio est actio.**

Die *actio quod iussu* setzt also voraus, I) daß ein Familienvater einer unter seiner Gewalt stehenden Person, also seinem Sohne, oder Tochter, oder welches bey den Römern ein noch gewöhnlicherer Fall war, seinem Sklaven, ohne Unterschied des Geschlechts einen Befehl gegeben habe, mit einem Dritten einen Contract zu schließen. Befehl heißt hier der Wille, den ein Familienvater solchen Personen zu erkennen gibt, die unter seiner Gewalt stehen, daß sie etwas thun sollen. Ein solcher *iussus* ist also von einem Auftrage (*mandatum*) wohl zu unterscheiden, denn diesen ertheilt man solchen Personen, die nicht in unserer Gewalt sind. Ob übrigens der Befehl mündlich oder schriftlich, vor Zeugen (testato) oder unter vier Augen, gegenwärtig, oder unter Abwesenden durch einen Boten ertheilt wird, ist gleichviel. Er kann auch entweder nur auf eine einzelne Handlung sich beziehen, oder allgemein ertheilet seyn. Auch stillschweigend kann der Befehl ertheilt werden, wenn der Vater den Schuldschein seines Sohns mit unterschreibt. Es ist auch nicht nöthig, daß der Befehl dem Geschäft immer vorausgehen müsse. Eine nachher erfolgte Genehmigung hat dieselbe Kraft, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 1. §. 1. *D. h. t.* Iussum autem accipiendum est, sive *testato* quis, sive *per epistolam*, sive *verbis*, aut per *nuncium*, sive *specialiter* in uno contractu iusserit, sive *generaliter*.

§. 4. *eiusd. L.* Sed et si servi chirographo subscripserit dominus, tenetur *quod iussu*.

§. 6. Si *ratum habuerit* quis, quod servus eius gesserit, vel filius, *quod iussu actio* in eos datur.

Noch ist zu bemerken, daß die actio quod iussu Statt findet, wenn auch der Befehl nicht von dem Paterfamilias selbst, sondern von dessen Curator oder Procurator ertheilt worden ist. Es muß nur ein wahrer Bevollmächtigter seyn.

L. 1. §. 9. *D. h. t.* Si curatore adolescentis vel furiosi vel prodigi iubente, cum servo contractum sit, putat Labeo dandam quod iussu actionem in eos, quorum servus fuerit. Idem et in vero procuratore. Sed si procurator verus non sit, in ipsum potius dandam actionem, idem Labeo ait.

II. Der Contract muß in Betreff der eigenen Angelegenheiten des Sohns von demselben geschlossen worden seyn[77]). Betrifft das Geschäft den Vater unmittelbar, so findet nicht die actio quod iussu, sondern die actio ex contractu ohne Beysatz Statt.

L. 5. *pr. D. h. t.* Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus, iusserit servo filiove numerari,

77) S. Boehmer Doct. de actionib. Sect. II. Cap. X. §. 10. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1410. und Thibaut System des Pand. Rechts. 1. Th. §. 372.

nulla quaestio est, quin ipsi condici possit. *Immo hoc casu de iussu actio non competit.*

L. 4. *Cod. Quod cum eo.* Si *ex contractu patris* iussu eius mutuam pecuniam accepisti, teque eius hereditate abstinens, frustra vereris, ne a creditoribus eius conveniaris.

L. 13. *Cod. eodem.* Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur: *Quod iussu*, si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam.

III. Der Contract muß dem Befehl gemäß geschlossen worden seyn. Hat der Sohn den Befehl überschritten, so haftet der Vater weiter nicht, als soweit sein Befehl reicht. Jedoch kann in diesem Falle zuweilen die actio de peculio oder de in rem verso Statt finden[78]).

L. 3. *D. h. t.* Dominum, qui iussit semissibus usuris servo suo pecuniam mutuam credi, *hactenus teneri, quatenus iussit*: nec pignoris obligationem locum habere in his praediis, quae servus non ex voluntate domini obligavit.

IV. Der Befehl muß nicht vor Abschließung des Geschäfts wieder zurückgenommen worden seyn. Es versteht sich jedoch, daß dem Sohn von dem geschehenen Widerrufe in Zeiten Nachricht gegeben worden sey[79]).

L. 1. §. 2. *D. h. t.* Sed ego quaero, an revocare hoc iussum, antequam credatur, possit? *Et puto posse:* quemadmodum si mandasset, et postea ante contra-

78) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

79) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXVIII. medit. 4.

ctum contraria voluntate mandatum revocasset, et me certiorasset.

Stirbt der Vater vor der Vollziehung des dem Sohne ertheilten Befehls, oder er kommt durch Arrogation in eines andern Gewalt, so erlischt der ertheilte Befehl ebenfalls [80]).

Nach diesen Voraussetzungen ist nun also die *actio quod iussu* diejenige prätorische Personalklage, welche derjenige, der, dem Befehl des Beklagten gemäß, mit einer unter desselben Gewalt stehenden Person, in Betreff der eigenen Angelegenheiten der letztern, ein Geschäft geschlossen hat, wider den Vater oder Herrn auf gänzliche Leistung desjenigen anstellt, was der Kläger aus dem geschlossenen Contract zu fordern hat.

Hat der Vater nicht selbst dem Sohne befohlen, eine Verbindlichkeit zu contrahiren, sondern einem Dritten den Auftrag gegeben, mit seinem Sohne ein Geschäft zu schließen, so hat wider den Vater nicht die actio quod iussu, sondern die *actio mandati contraria* Statt [81]).

Daß auch der Sohn selbst aus dem Contract, den er dem Befehl seines Vaters zu Folge, in Betreff seiner eigenen Angelegenheiten, mit einem Dritten geschlossen hat, belangt werden könne, hat keinen Zweifel [82]).

80) *L.* 50. *L.* 25. §. 14. *et* 15. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9.

81) *L.* 8. *Cod. Mandati.* BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 2. in fin. und Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 1415.

82) *L.* 3. §. 4. *D. de minorib.* S. LAUTERBACH Colleg. pract. Pand. h. t. §. 8. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

Viele wollen behaupten, daß die actio quod iussu, als actio adjectitiae qualitatis, heutzutage ganz wegfalle, und statt derselben die directe Contractsklage geradezu gegen den Vater anzustellen sey. Nicht nur Hellfeld, sondern auch Westenberg[83]), Schaumburg[84]), Dreßel[85]), Hofacker[86]), und mehrere andere sind dieser Meinung. Man beruft sich auf den §. 8. *I. Quod cum eo*, wo es heißt: Illud in summa admonendi sumus, id *quod iussu patris, dominive contractum fuerit*, quodque in rem eius versum erit, DIRECTO *quoque posse a patre dominove* CONDICI, *tanquam si* PRINCIPALITER *cum ipso negotium gestum esset*. Allein es fällt in die Augen, daß hier mit keinem Worte gesagt werde, die actio quod iussu falle, als unnütz, hinweg, sondern es heißt nur, man könne auch gleich direct gegen den Vater klagen, als ob man mit ihm selbst contrahirt hätte. Daß nun aber hierdurch der Gebrauch der *actio quod iussu* nicht aufgehoben werde, hat Schilter[87]) sehr einleuchtend gezeigt. Gesetzt, sagt er, der Gläubiger klagte gleich actione principali ex contractu gegen den Vater; so wird ihm dieser entgegen setzen, ich habe nicht mit dir contrahirt, der Schuldschein lautet nicht auf mich, sondern auf meinen Sohn, halt dich an diesen, gegen mich kannst du nicht klagen. Um dieser Einrede zu begegnen, wird nun natürlich

83) Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 7.

84) Compend. iuris Dig. h. t. §. 3.

85) Diss. de actionib. adiectitiar. qualitatum, earumque usu hod. Cap. II. §. 4.

86) Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1806. not. e.

87) Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 101.

der Kläger repliciren müssen; der Contract sey auf des Beklagten Befehl geschlossen worden, und also für denselben eben so verbindlich, als ob mit ihm selbst sey contrahirt worden. Kommt man nun aber nicht auf solche Art am Ende wieder auf die actio quod iussu zurück? Es ist also doch wohl immer gescheider, gleich die actio quod iussu anzustellen, und sich darin zu gründen, daß der Contract auf des Beklagten Befehl mit seinem Sohn geschlossen worden sey, als durch jenen Umweg erst zum Ziele zu gelangen. Mit Recht sagt daher Lauterbach[88]), daß auch heut zu Tage die actio quod iussu von dem größten Nutzen sey, weil sie den Kläger des mißlichen Beweises einer versio in rem überhebt, und ihn zu seiner ganzen Forderung verhilft. Man wendet daher heut zu Tage diese Klage utiliter auch auf andere Personen an, welche zwar sui iuris sind, aber doch unter dem Befehl eines Andern stehen, z. B. wenn ein Unterthan auf Befehl seiner Obrigkeit, ein Soldat auf Befehl seines Capitains, oder eine Ehefrau auf Befehl ihres Ehemannes ein Geschäft schließt[89]).

Noch entsteht die Frage, ob die actio quod iussu auch dann Statt finde, wenn der Vater sich für den Sohn verbürgt hat? Ulpian wirft diese Frage *L.* 1. §. 5. *D.*

88) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. Man sehe auch Thibaut System des P. R. 1. Bd. §. 372. a. E.

89) Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 1. et 2. Müller ad *Struvium* Ex. XX. Th. 77. not. α. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. et eiusd. Eunom. Rom. ad L. 1. D. h. t. pag. 579. sq. *Mich. God.* Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. pag. 578. und Thibaut System des P. R. 1. Band §. 372.

h. t. auf, und entscheidet sie verneinend. Quid ergo, sagt er, si *fideiusserit* pro servo? ait MARCELLUS, *non teneri quod iussu*: quasi extraneus enim intervenit. Neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis; sed quia aliud est *iubere*. Denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari, quasi fideiusserit. Quae sententia verior est. Brunnemann[90]) und Stryck[91]) halten diese Entscheidung für eine bloße Subtilität, weil der Vater durch Uebernehmung einer Bürgschaft für seinen Sohn das von demselben geschlossene Geschäft genehmige, eine Genehmigung aber dem iussus gleichgeachtet werde. Es sey also, wenigstens heut zu Tage, keinem Zweifel unterworfen, daß aus einer für den Sohn geleisteten Bürgschaft der Vater so gut mit der actio quod iussu belangt werden könne, als wenn er durch seine Unterschrift den Contract des Sohns genehmiget hat. Allein mir scheint hierdurch der Entscheidungsgrund des Marcellus noch nicht entkräftet zu seyn, wie auch Schilter[92]) schon ganz richtig gegen Brunnemann erinnert hat. Denn offenbar ist fideiussio vom iussus sehr unterschieden[93]). Die Fidejussion ist ein Ge-

90) Comment. ad L. 1. in fin. D. h. t.

91) Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

92) Prax. iur. Rom. Exercit. XXVII. §. 102.

93) Wie wichtig der Unterschied zwischen iussus und fideiussio sey, zeigt auch Modestin *L. 25. D. ad SCium Vellejan.* wo er sagt: Si domina servo suo credi *iusserit*, ACTIONE HONORARIA (i. e. quod iussu) tenebitur. Quod si pro eo *fideiusserit*, EXCEPTIONE SENATUSCONSULTI VELLEJANI, iudicio conventa, adversus creditorem tueri se poterit. S. *Henr.* BRENKMANN de Eurematicis Diatriba. Cap. 3. pag. 49. sqq.

schäft, welches nicht zwischen dem Vater und Sohn, wie der iussus, sondern zwischen dem Vater und dem Gläubiger vorgeht, wie auch schon die bey der Fidejussion gebräuchlich gewesenen römischen Formeln beweisen. Der Gläubiger fragte nämlich: *Quantam pecuniam filio suo credidero; fide tua esse iubes?* — oder *Si filius tuus quadraginta, quae ei credidi, non solverit, fide tua esse iubes?* Der Vater antwortete: *fide mea esse iubeo*[94]). Wie konnte hierdurch die *actio quod iussu* begründet werden? Gewiß eben so wenig als wenn der Vater dem Gläubiger geradezu den Auftrag gegeben hätte, seinem Sohn zu creditiren; sondern so wie in dem letztern Falle die *actio mandati*, so hatte im Falle einer für den Sohn geleisteten Bürgschaft die *actio ex stipulatu* Statt. Die Worte: *quod tenetur ex causa fideiussionis* zeigen dieses auch deutlich genug an. Denn da das Geschäft zwischen dem Vater und dem Gläubiger vorgeht, so kommt hier das Verhältniß zwischen Vater und Sohn in keine Betrachtung, und Marcellus sagt mit Recht, *pater* QUASI EXTRANEUS *intervenit*. Eben aus diesem Grunde erhellet aber auch, daß Schilter offenbar Unrecht hat, wenn er behauptet, der Vater hafte aus der Bürgschaft nur peculiotenus. Denn da hier der Vater wie ein extraneus betrachtet wird, so haftet er auch natürlich für die Schuld seines Sohnes in solidum. Die *actio de peculio* möchte allenfalls dann noch anzustellen seyn, wenn die Bürgschaft des Vaters vielleicht ungültig ist.

94) *L.* 47. §. *ult. D. de fideiussor. L.* 132. §. *ult. D. de Verb. Obligat. L.* 13. §. 9. *D. de acceptilat. L.* 16. §. *ult. et L.* 52. *D. de fideiuss.* S. *Barn.* BRISSONIUS de Formulis et solemn. P. R. verbis Lib. VI. nr. CLXXXVIII.

Denn daß auch in diesem Falle die *actio quod iussu* nicht Platz greife, sagt Marcelli ganz consequent. Nach dieser Ansicht muß denn also die Entscheidung dieses röm. Juristen auch noch heut zu Tage gelten[95]).

95) Mit mir stimmen überein MÜLLER ad *Struvium*. Exerc. XX. Th. 76. not. *η*. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1806. not. *α*.

Lib. XVI. Tit. I.

Ad Senatusconsultum Vellejanum.

§. 920.

Geschichte des Vellejanischen Senatusconsults. Verschiedene Arten der Intercession.

Schon längst vor dem Vellejanischen Senatusconsult waren die Intercessionen der Frauenspersonen ungültig. Zwar ist es irrig, wenn Schilter[96]) behauptet, daß selbst nach dem Naturrechte weibliche Bürgschaften nicht bestehen könnten. Denn wer kann den Frauenspersonen mit Grund die natürlichen Anlagen und Fähigkeiten absprechen, welche das Vernunftrecht erfordert, um sich verbindlich zu machen? Es würde auch, wenn man annehmen wollte, die bürgerlichen Gesetze hätten hier die natürlichen nur blos bestätiget, gar nicht zu begreifen seyn, warum Frauenspersonen alle andere Rechtsgeschäfte und Verträge, welche nicht weniger Ueberlegung und Vorsicht erfordern, als die Incessionen, dennoch gültig eingehen können[97]).

96) Prax. iuris Rom. Exerc. XXVIII. §. 1.

97) Man sehe *Io. Aug.* Hellfeld Diss. de condictione mulieri intercedenti competente, praes. *Io. Casp.* Heimburg def. *Ienae* 1739. §. 19. Webers Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. St. Nr. 3. S. 33. f. und

Allein schon in den frühern Zeiten der Römer galten die Intercessionen der Frauenspersonen nicht. Denn man betrachtete sie, den Unmündigen gleich, als unvollständige Personen, die erst von andern ergänzt, ihren Willen vollkommen gültig erklären konnten [98]). Sie waren daher in einer beständigen Tutel, und ihre Handlungen erforderten, wie die Handlungen der Unmündigen, zu ihrer Gültigkeit die Auctorität ihrer Tutoren [99]). Waren sie nicht in der Tutel, so standen sie gewiß entweder unter der väterlichen Gewalt, oder sie befanden sich in manu mariti, und dann hatten sie ja nach dem ältern Rechte nichts Eigenes, wovon sie im Fall einer Intercession hätten Zahlung leisten können. Allein diese strenge Disciplin kam in der Folge ausser Gebrauch. Eheweiber konnten nicht nur, als matronae, in einer freiern Ehe leben, wo sie eines eigenen Ver-

Iul. Frid. Malblank Diss. de renuntiatione beneficiorum ex SCto Vellejano et Authentica: Si qua mulier a femina aut uxore minore facta, haud semper valida. *Tubingae* 1803. Sect. I. §. 2.

98) Cato sagt bey Livius *Lib. XXXIV. cap.* 3. Maiores nullam, ne privatam quidem rem, agere feminas *sine auctore* voluerunt, *in manu* esse parentum, fratrum, virorum.

99) Cicero *pro Muraena* cap. 12. Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores *in tutorum potestate* esse voluerunt. Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 1. (in *Ant.* Schulting *Iurisprud. Antejust.* pag. 594.) Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis. Sed masculis quidem impuberibus duntaxat, propter aetatis infirmitatem; *feminis* autem tam *impuberibus*, quam *puberibus*, et *propter sexus infirmitatem*, et *propter forensium rerum ignorantiam.* — §. 27. *Tutoris auctoritas* necessaria est mulieribus quidem in his rebus, si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant.

mögens fähig waren[100]), sondern es gab auch Fälle, wo sie von der Tutel frei wurden, z. B. wenn sie das ius liberorum hatten, welches nach der lex Papia Poppaea einer freigebornen Mutter, wenn sie drey Kinder, einer Freigelassenen aber, wenn sie vier Kinder geboren hatte, zuweilen auch ohne diese Zahl durch ein Privilegium des Kaisers zu Theil ward[1]). Diese freiere Lebensart der römischen Weiber ward durch die Aufhebung der Lex Oppia[2]), wodurch man die Ueppigkeit derselben bisher noch immer in Schranken gehalten hatte, dergestalt befördert, daß Frauenspersonen, der ihrem Geschlecht sonst eigenen Schamhaftigkeit uneingedenk, sich jetzt in alle gerichtliche und außergerichtliche, in Staats- und Privatgeschäfte einmischten[3]). Intercessionen derselben waren also nunmehr weder selten noch unstatthaft, desto nachtheiliger aber für ihr Vermögen. Was sich also vorher schon von selbst verbot, war jetzt, durch Gesetze zu verbieten, doppelt nöthig,

100) Gellius *Noct. Atticar. Lib. XVIII. cap.* 6. Cicero *Topic. cap.* 3. S. *Ant.* Schulting Iurisprud. Antejustin. ad Tit. IX. Fragmentor. Ulpiani. pag. 590. und *Herm.* Cannegieter Observation. iuris Rom. Lib. IV. cap. 2.

1) Ulpiani *Fragm. Tit. XXIX.* §. 3. und Fragmentum regular. ex veteri ICto §. 15. in *Ant.* Schulting Iurisprud. Antejust. pag. 807. S. *Ev.* Otto Diss. de perpetua feminarum tutela. *Duisburgi* 1719. Cap. I. §. 23. und besonders *Io. Gottl.* Heineccius ad Legem Iul. et Papiam Poppaeam Commentar. Lib. II. cap. 11. §. 3. et 4. pag. 235. sqq.

2) S. *Io. Guil.* Hoffmann Diss. ad Legem Oppiam. de matronarum cultu. *Francof. ad Viadr.* 1736.

3) Man lese hier die Rede des Cato bey Livius *Lib. XXXIV. cap.* 3.

da die Frauenspersonen von ihrem Tutor weniger abhingen. Das Meiste war jedoch immer von Seiten der Ehemänner selbst zu besorgen, in deren Macht es stand, durch Liebe oder Strenge, ihre Weiber zu Intercessionen für sie zu verleiten. Es wurden daher zuerst durch die Edicte der Kaiser Augustus und Claudius die Intercessionen der Eheweiber für ihre Männer namentlich verboten. **Et primo quidem**, sagt Ulpian *L.* **2.** *pr. D. h. t.* **temporibus Divi** ***Augusti*****, mox deinde** ***Claudii*****, Edictis eorum erat interdictum,** ***ne foeminae pro viris suis intercederent.*** Sprachen nun gleich die Edicte dieser Kaiser ausdrücklich nur von den Intercessionen der Eheweiber, so fanden dennoch die römischen Rechtsgelehrten in dem weiblichen Charakter, und der diesem Geschlecht eigenen Gutmüthigkeit, nach welcher Frauenzimmer, im Vertrauen auf die Redlichkeit des Schuldners, sehr leicht zu Intercessionen zu bewegen sind, Grund genug, jene Edicte auch auf andere weibliche Bürgschaften auszudehnen. Und dieses bestätigte denn auch auf den Antrag des Consuls Vellejus Tutor das von ihm benannte Vellejanische Senatusconsult, welches nunmehr alle Frauenspersonen gegen den Nachtheil der Intercessionen auf das vollkommenste sichert. **Postea factum est Senatusconsultum**, fährt daher Ulpian *L.* **2. §. 1.** *D. h. t.* fort, **quo plenissime foeminis omnibus subventum est: cuius Senatusconsulti verba haec sunt.** ***Quod*** **MARCUS SILANUS** ***et*** **VELLEIUS TUTOR,** ***Consules, verba fecerunt de obligationibus foeminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oporteret*** [4]),

4) *Ant.* AUGUSTINUS lib. de Legibus et Senatusconsultis (*Parisiis* 1584. f.) pag. 213. will statt oportet, lieber *oporteret*

de ea re ita consuluerunt [5]): *Quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis* [6]), *quibus intercesserint*

lesen, weil dieß die gewöhnlichere Formel in den alten Senatusconsulten bey Frontinus sey. Für diese Emendation scheint auch die Florentinische Schreibart *opoRtEt* zu sprechen. Daher geben ihr *Iac.* Gothofredus Animadversion. iuris civ. Cap. 9. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* T. III. pag. 289.) und *Ger.* Noodt Observat. Lib. I. cap. ult. Beyfall. Eben so lieset auch Haloander, Baptista de Tortis und unser Codex MSt. Pandectarum Erlang. Demohngeachtet streitet *Io. Guil.* Hoffmann in Meletematib. s. Observationib. var. ad Pand. Diss. XV. §. 4. für die Beybehaltung des *oportet.* Baudoza lieset statt dessen *placeret.*

5) Statt *consuluerunt* wollen Augustin und Gothofred a. a. O. *censuerunt* lesen. Eben so lieset auch Baudoza Cestius. Allein auch diese Emendation verwirft Hoffmann a. a. O. und *Io.* Stek Vindicat. LL. anticrit. cap. 9. (in *Thes. Otton.* T. I. p. 518.) und *Ger.* Noodt loc. cit. führen Beyspiele genug an, daß *consuluerunt* eben soviel als *censuerunt* heißt.

6) Die Worte *mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint,* halten einige für fehlerhaft. *Iac.* Gothofredus Animadversion. iuris civ. cap. 9. lieset statt quibus, *pro quibus.* Dieser Emendation stimmt auch Pothier in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. e. bey. *Claud.* Salmasius de modo usurar. cap. 16. setzt das Unterscheidungszeichen nach *mutui dationes,* und lieset nun *in quibus pro aliis* intercesserint feminae. *Ger.* Noodt Observat. Lib. I. cap. 18. hält es jedoch für unnöthig etwas hinzuzufügen oder einzuschalten. Durch eine bloße Versetzung der Worte könne aller Schwierigkeit abgeholfen werden. Er lieset daher *quibus pro aliis* intercesserint feminae. Allein *Io. Guil.* Hoffmann in Observat. var. ad Pand. Diss. XV. §. 4. und *Io. Conr.* Rücker in Diss. de civili et naturali temporis computat. Cap. II. §. 8.

foeminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse[7]*), ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.* Man streitet sich über das wahre Zeitalter dieses Senatusconsultums. Heineccius[8]) glaubt, es sey schon unter Augustus gemacht worden. Denn in einer alten Inscription bey Gruter[9]) fänden sich zwey Consuln Lucius Silanus und Velläus Tutor, welche im Jahr 763. regiert hätten. Diese wären unstreitig die nämlichen Con-

halten richtiger auch nicht einmal eine Versetzung der Worte für nöthig, wenn nur das Unterscheidungszeichen geändert, und nach *mutui dationes* gesetzt wird. Denn das *quibus* geht offenbar nicht auf *aliis*, sondern auf *mutui dationes*. Es ist übrigens das *mutui dationes* mit POTHIER in Pand. Iustin. c. l. not. d. und SCHULTING in Thes. controv. Dec. LVI. §. 2. passive in dem Sinn zu nehmen: *cum mulier ab eo, qui tibi mutuum erat daturus, veluti interposita a te persona mutuum accipit.*

7) Diese Worte beweisen deutlich, daß man schon vorher die Edicte der Kaiser August und Claudius durch die Auslegung der röm. Rechtsgelehrten in der Praxis auf alle weibliche Intercessionen angewandt, und daraus keine Klagen gegen Frauenspersonen gestattet hatte; und diese Usualerklärung bestätigte blos das Vellejanische Senatusconsult. S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 2. §. 1. D. h. t. und POTHIER c. l. not. f.

8) Elem. iuris civ. sec. ord. Pand. P. III. §. 196. et in Synt. Antiquit. Rom. Lib. III. Tit. XXI. §. 12.

9) Pag CCCCLXX. Nr. 1.

suln, welche in dem Senatusconsultum angeführt worden, und es sey nur ein, nach Gruter zu berichtigender Irrthum, wenn dem Silanus der Vorname Marcus beygelegt worden sey. Allein schon Herrmann Noordkerk[10]) erinnerte dagegen sehr richtig, daß dieser Meinung Ulpian geradezu widerspreche, welcher ausdrücklich sagt, daß erst nach dem Edict des Claudius das Vellejanische Senatusconsult gemacht worden sey. Was Heineccius[11]) darauf zur Rechtfertigung seiner Meinung erwiedert hat, wird gewiß Niemanden überzeugen[12]). Johann Schilter[13]) setzt das Senatusconsult in die Zeiten des Tiberius. Diesen Tiberius verstehe Ulpian unter dem Namen Claudius. Denn unter seiner Regierung wären M. Junius Silanus und L. Norbanus Flaccus Consuln gewesen. Dem letztern sey nachher Marcus Silanus substituirt worden. Daher falle das Senatusconsult in das Jahr der Erb. Roms 771. Er bestärkt diese Meinung noch durch *L.* 16. §. 1. *D. h. t.* wo Cajus Cassius Longinus einen Fall nach dem Vellejanischen Senatusconsult entscheide. Dieser römische Rechtsgelehrte habe unter Tiberius gelebt. Allein diese ganze Meinung beruht auf lauter unerwiesenen Hypothesen, die schon Just. Fried. Lud. Engelbrecht[14]) aus-

10) Specim. Lectionum seu disquisit. de Lege Petronia. Cap. III. §. 6. pag. 94.

11) Hist. iur. civ. Lib. I. §. 172.

12) Man sehe *Ern. God. Christ.* Klügel Diss. de SCto Vellejano, seu de intercessione mulierum. *Wittemb.* 1783. §. 1.

13) Prax. iuris Rom. Exerc. XXVIII. §. 3.

14) Diss. de renunciatione SCti Vellejani privato instrumento facta. *Goettingae* 1749. Cap. I. § 8.

führlicher gezeigt hat. Noch unwahrscheinlicher ist Lauterbachs[15]) Meinung, daß das Senatusconsult unter Nero gemacht worden sey. Die richtigste Meinung hat unstreitig Anton Schulting[16]), dem es geglückt hat, das Zeitalter der Consuln ausfindig zu machen, deren in dem Senatusconsult gedacht wird. M. Junius Silanus und P. Valerius Asiaticus kommen im Jahr der Erb. Roms 799. als die ordentlichen Consuln bey Dio Cassius[17]) vor. Valerius legte nach dem Zeugniß eben dieses Historikers sein Amt vor der Zeit nieder. Nun kommt in den Fastis[18]) unter dem bemerkten Jahr ein gewisser Consul Vellejus als suffectus vor. Wer könnte dieses wohl anders seyn, als der in dem Senatusconsult genannte Vellejus Tutor? Zwar wird er in den Fastis Rufus genannt. Was steht uns aber im Wege mit Mascov[19]) und Gregor Majansius[20]) anzunehmen, daß Vellejus Rufus auch Tutor genannt worden sey? Es fällt also unser Senatusconsult unstreitig in die Zeiten des Kaisers Claudius.

15) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 2.

16) Iurisprud. Anteiust. pag. 640. Ihm stimmen auch *Car. God.* Winckler in Diss. de Lege Iunia Velleja. *Lipsiae* 1745. §. 2. Engelbrecht cit. Diss. Cap. 1. §. 10. Bach Hist. iurisprud. Rom. Lib. III. cap. 1. Sect. III. §. 24. und Hugo im Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts. §. 224. bey.

17) Hist. Rom. Lib. LX. pag. 685.

18) *Onuphr.* Panvinius Fast. Consul. und *Hub.* Goltzius in Fastis ex antiqu. Monum. pag. 239.

19) Animadversion. ad *Gravinae* origines iuris civ. p. 398.

20) Disputat. iuris civ. Tom. I. Disputat. XXV. §. 3. pag. 385.

Das Vellejanische Senatusconsultum erklärt nun alle Arten weiblicher Intercessionen für unwirksam [21]). Ausdrücklich wird zwar der *fideiussiones* und *mutui dationes* gedacht, *quibus pro aliis intercesserint feminae.* Allein schon Gerhard Noodt [22]) hat sehr richtig bemerkt, daß beyde Arten der Intercessionen nur als Beyspiele genannt worden sind. Genug daß in den Eingangsworten des Senatusconsults von den *obligationibus foeminarum* überhaupt die Rede ist, *quae pro aliis reae fierent.* Paulus läßt aber vollends keinen Zweifel übrig, wenn er *L.* 1. *pr. D. h. t.* sagt: Vellejano Senatusconsulto plenissime comprehensum est, *ne pro ullo foeminae intercederent.* Es kommt also vor allen Dingen auf die Entwickelung der verschiedenen Arten der Intercessionen an.

Intercession nennt man überhaupt eine Handlung, wodurch Jemand die schon vorhandene oder künftige Verbindlichkeit eines Andern zu dessen Vortheil übernimmt, ohne nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Uebernahme dersel-

21) Außer den bereits beyläufig angeführten Schriften von Engelbrecht, Malblank und Klügel, sind über diese Lehre noch folgende zu bemerken. *Jaques le* CHASSIER Diatr. ad SCtum Vellejanum in *Opp. Paris.* 1657. 4. *Iust. Henr.* BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione. *Halae* 1718. (*Exercit.* T. 3.) Carl Lud. Christph. Röslins Abhandlung von besondern weiblichen Rechten. 2. Bd. S. 53. ff. *Henr. Christ.* GERCKE Commentat. de limitibus SCti Vellejani. *Hannoverae* 1795. *H. D.* SUSE Comm. de iure singulari feminae intercedentis. P. I. *Goett.* 1803. und *Christ. Gottl.* BIENER de fideiussione mulierum Quaestiones. *Lips.* 1808.

22) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Videamus* pag. 352.

den verpflichtet zu seyn[23]). Eine Intercession setzt demnach

I. eine dritte Person voraus, die Etwas schuldig ist. Es ist also keine Intercession, wenn man Jemanden blos für eine, ihm etwa nachtheilige Handlung, Entschädigung zu leisten verspricht. Ulpian sagt *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* **Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraherent, et *indemnitatem eis repromiserit*, Papinianus *lib.* 9. *Quaestionum* non putat intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque novam, sed *ipsam fecisse hanc obligationem*.** Einen ähnlichen Fall hat Afrikanus *L.* 19. *pr. D. eodem.* **Tutor pupilli decesserat, herede instituto Titio. Cum de adeunda hereditate dubitaret, quoniam male gesta tutela existimaretur, persuadente matre pupilli, ut suo periculo adiret, adiit: stipulatusque de ea est, *indemnem se eo nomine praestari*. Si ex ea causa Titius pupillo aliquid praestitisset, isque matrem conveniret, negavit *exceptionis Senatusconsulti* locum esse[24]): *quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit*.**

23) S. Thibaut System des P. R. 2. Bd. §. 939.

24) Diesem ist *L.* 6. §. 1. *Cod. h. t.* nicht entgegen, denn hier hatte sich die Mutter dem Vormund, welcher sich aus Furcht, daß er wegen der Armuth des Pupillen nicht entschädiget werden möchte, entschuldigen wollte, durch ihr Versprechen, denselben zu entschädigen, für den Pupillen verpflichtet; es ist also hier ein Schuldner da, für den sie wirklich sich verbürgt hat. S. *Iac.* Cujacius Tract. IV. ad African. ad L. 19. D. h. t. Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. *Est igitur.* pag. 354. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 8. *Guil.* Best Ratio emendandi Leges Cap. V. §. 6 — 8. und Röslin im angef. Buche 3. Buchs 1. Abschn. §. 10 — 15. S. 102 — 109.

II. **Wirkliche Uebernehmung einer fremden Verbindlichkeit.** Es ist daher für keine Intercession zu halten, a) wenn man gleich für den Schuldner Zahlung leistet[25]); oder b) wenn man ihm das Pfand zurückgibt[26]); oder c) wenn Jemand den Andern von den für ihn selbst contrahirten Verbindlichkeiten befreiet[27]); oder d) wenn Jemand Schuldner des Andern ist, und von seinem Gläubiger angewiesen wird, die Schuld an einen Dritten für ihn zu bezahlen[28]).

III. Man muß auch nicht schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Uebernahme der Verbindlichkeiten eines Andern verpflichtet seyn. Wenn man daher bey Antretung einer Erbschaft, oder bey einem Kaufe derselben die darauf haftenden Schulden übernimmt, so ist dieß keine Intercession[29]). In allen diesen Fällen findet daher auch das Vellejanische Senatusconsult keine Anwendung.

Eine wirkliche Intercession kann nun aber auf sehr verschiedene Art geschehen. Sieht man

I. auf die **Schuldverbindlichkeit**, welche übernommen wird, so lassen sich zwei Fälle gedenken. 1) Sie wird übernommen, ehe noch die Schuld entstand. Dieß

25) *L.* 5. *D. h. t. L.* 1. *L.* 4. *L.* 9. *Cod. h. t.* S. Röslins Abh. a. a. O. §. 8. S. 98. ff.

26) *L.* 8. *pr. D. eodem.* Röslins Abh. a. a. O. §. 7. S. 97.

27) *L.* 19. §. 1. *et* 2. *D. h. t.*

28) *L.* 24. *pr. D. h. t. L.* 2. *Cod. eodem.* Röslin a. a. O. §. 4. S. 93. f.

29) *L.* 13. *pr. L.* 32. *pr. D. h. t.* Röslin a. a. O. §. 2. S. 90. f.

ist a) der Fall, wenn Jemand dem Andern den Auftrag gibt, Etwas zum Besten eines Dritten auf seine, des Gewaltgebers, Gefahr zu thun. Diese Art der Intercession wird *mandatum qualificatum* genannt, und der Gewaltgeber vorzugsweise *mandator* [30]). Ein Beyspiel enthält *L.* 24. *D. de fideiussorib.* **Lucius Titius, cum pro Sejo fratre suo apud Septicium intervenire vellet, epistolam ita emisit: *Si petierit a te frater meus, peto des ei nummos fide et periculo meo.*** Man sehe auch *L.* 6. *et* 7. *D. h. t.* 2) Wenn ein Dritter den Contract, den ich mit Jemand schließen wollte, zu meinem Vortheil als Selbstschuldner übernimmt. Z. B. ich will von dem A ein Darlehn aufnehmen; allein weil A mir nicht recht traut, kommt B dazu, und borgt das Geld für mich als Selbstschuldner. Den Fall hat Ulpian, wenn er *L.* 8. §. 14. *D. h. t.* sagt: **Si cum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham: videtur intercessisse.** Er kommt auch *L.* 4. *Cod. h. t.* vor: **Cum alius pecuniam acciperet, mulier se ab initio ream constituit.** Dieser Fall wird in den Worten des Senatusconsults durch *mutui dationes, quibus pro aliis intercesserint foeminae* bezeichnet [31]). 2) Sie wird übernom=

30) Ein solches mandatum qualificatum ist nichts anders, als eine anticipirte Bürgschaft. Daher geht auch die Verbindlichkeit eben so auf die Erben über, wie die Verbindlichkeit eines Bürgen. *L.* 8. *Cod. mandati. Nov. IV. cap.* 1. S. *Iac.* VOORDA Elector. iur. civ. cap. 7.

31) S. CUJACIUS Tract. IV. ad African. ad L. 19. h. t. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 352. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9.

men, nachdem die Schuld schon in der Person eines Andern entstanden war. — *Intercessio* im eigentlichen Sinn. Die Gesetze unterscheiden diese beyden Arten der Intercession dadurch von einander, daß sie Ersteres *novam obligationem*, Letzteres aber *veterem obligationem recipere* nennen[32]).

II. In Absicht auf die Art der durch Intercession übernommenen Verpflichtung ist zu unterscheiden. A) Sie geschieht auf eine solche Art, daß der eigentliche Schuldner dadurch ganz von seiner Verbindlichkeit befreiet wird. *Intercessio principalis*, seu *privativa*[33]). Dieß kann geschehen 1) durch Delegation, wenn man sich von dem eigentlichen Schuldner an dessen Stelle mit Einwilligung des Gläubigers überweisen läßt[34]). 2) Durch Expromission, wenn man die Verbindlichkeit des Hauptschuldners schlechthin, auch ohne dessen Zustimmung, dergestalt übernimmt, daß derselbe dadurch von allem Schuldnexus gegen seinen vorigen Gläubiger befreiet wird[35]). 3) Durch Vertheidigung eines Beklagten vor Gericht, insofern dadurch eine Novation geschieht, und die Verbindlichkeit des Beklagten, wenn er verurtheilt wird, auf den Defensor übergeht, folglich der eigentliche Beklagte

32) *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* *L.* 18. *Cod. eodem.*

33) Die Gesetze sagen *alienam obligationem in se transferre.* *L.* 4. *C. h. t.*

34) *L.* 11. *pr. D. de novat.* Delegare est vice sua alium reum dare creditori. S. *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 1.

35) §. 3. *I. Quib. mod. tollit. obligat.* *L.* 8. §. 5. *D. de novationib.* S. Thibaut System des P. R. 2. Bd. §. 937.

dadurch von der Klage seines Gläubigers befreiet wird[36]). Ulpian sagt *L.* 2. §. *ult. D. h. t.* Sed etsi mulier *defensor alicuius* extiterit, procul dubio *intercedit.* Suscipit enim in se alienam obligationam: quippe cum ex hac re subeat condemnationem. Proinde neque maritum, neque filium, neque patrem permittitur mulieri defendere. 4) Durch Eintretung in einen Schuldcontract als Selbstschuldner, den ein Dritter mit dem Gläubiger schließen wollte. *L.* 19. *Cod. h. t.* bestimmt diesen Fall so: Si creditor, qui contrahere cum alio proposuerat, mulieris personam elegit: und erklärt auch dieses für eine Art der Intercession, gegen welche der Frauensperson die *exceptio Senatusconsulti Vellejani* zu Statten kommt. Man vergleiche auch die oben angeführte *L.* 8. §. 14. *D. h. t.* und *L.* 4. *Cod. eodem*[37]). B) Die Intercession geschieht auf eine solche Art, daß die Verbindlichkeit des Hauptschuldners daben noch fortdauernd bleibt. *Intercessio accessoria seu cumulativa*[38]). Hier sind wieder zwey Fälle möglich. Es kann nämlich der Intercedent entweder 1) nur erst dann belangt werden, wenn der Gläubiger von dem Hauptschuldner seine Befriedigung nicht zu erhalten vermag. — *Intercessio subsidiaria.* Dahin gehört,

36) *L.* 11. §. 1. *D. de novat.* *L.* 10. §. 1. *D. de in rem verso.* *L.* 2. *Cod. de pact.* S. CUJACIUS Tract. IV. ad Africanum ad L. 19. D. h. t, NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. *Videamus igitur.* pag. 352. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. et 3. und LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 8.

37) S. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3.

38) Die Gesetze bezeichnen diese Art der Intercession durch den Ausdruck *alienae obligationis participatio. L.* 4. *Cod. h. t.*

a) wenn man für Jemanden Bürgschaft leistet, oder b) ein mandatum qualificatum gibt[39]), oder c) ein constitutum alienum eingeht[40]); oder d) für einen Andern seine Sachen verpfändet, oder verpfänden läßt[41]). Oder 2) es kann der Intercedent, als solcher, die Klage des Gläubigers nicht einstweilen ganz von sich abwenden. — *Intercessio non subsidiaria.* Dahin gehört der Beytritt als **correus debendi**[42]). Auf alle diese Intercessionsarten erstreckt sich nun das Vellejanische Senatusconsult. *Omnis omnino obligatio* **Senatusconsulto Vellejano comprehenditur,** sagt Ulpian *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* **sive verbis, sive re, sive quocunque alio contractu intercesserint.**

§. 921.

Gründe des Vellejanischen Senatusconsults.

In den Gesetzen dieses Titels werden verschiedene Gründe angeführt, aus welchen es der Senat für nöthig gehalten habe, die weiblichen Intercessionen ohne Ausnahme zu untersagen. Erstens hielt man es für unschicklich und der weiblichen Schamhaftigkeit zuwider, daß Frauenspersonen sich männlichen Geschäften unterziehen. Nun rechnete man die Intercessionen zu den bürgerlichen Rechtsgeschäften, die nur gewöhnlich unter Mannspersonen ge-

39) *L.* 6. *et.* 7. *D. h. t.*

40) *Nov. IV. cap.* 1. Anderer Meinung ist zwar Thibaut im System des P. R. 2. Bd. §. 940. Allein man sehe den 13. Th. dieses Commentars §. 851.

41) *L.* 5. *L.* 7. *et L.* 12. *Cod. h. t.*

42) *L.* 17. §. 2. *L.* 18. *D. h. t.* S. Schilter Prax. Iur. Rom. Exercit. XXVIII. §. 14.

schlossen zu werden pflegen[43]. Sodann schien es auch dem Senat unbillig, daß Frauenspersonen durch Theilnahme an fremden Schulden einen Verlust ihres Vermögens erleiden sollten. Diese Gründe werden in den Worten des Senatusconsultums selbst angeführt; vom Paulus aber *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* noch deutlicher auseinander gesetzt, wenn er sagt: **Nam sicut moribus civilia officia ademta sunt feminis, et pleraque ipso iure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam** ***periculum rei familiaris.*** Der Hauptgrund des Vellejanischen Senatusconsults beruhet jedoch unstreitig in dem eigenthümlichen Charakter des weiblichen Geschlechts. Diesen Grund spricht auch Ulpian ganz bestimmt aus, wenn er *L.* 2. §. 2. *et* 3. *D. h. t.* sich darüber auf folgende Art äußert: **Amplissimus ordo opem tulit mulieribus** ***propter sexus imbecillitatem. — Infirmitas*** **enim** ***foeminarum*** **auxilium meruit.** Unter dieser **sexus imbecillitas** ist jedoch, wie bereits an einem andern Orte[44]) bemerkt worden ist, nicht sowohl Schwäche des Verstandes, als vielmehr eine gewisse dem weiblichen

43) *L.* 2. *D. de div. reg. iuris.* Foeminae ab omnibus *officiis civilibus*, vel publicis remotae sunt: et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, *nec pro alio intervenire*, nec procuratores existere. Der Grund, daß dergleichen Geschäfte sich mit der weiblichen Schamhaftigkeit nicht vertragen, wird *L.* 1. §. 5. *D. de postul.* *L.* 18. *L.* 21. *Cod. de procurat.* angeführt. Was *officia virilia* und *civilia* sind, hat Hellfeld in der oben angef. Diss. de condictione mulieri intercedenti compet. §. 8 — 15. ausführlich erklärt.

44) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 117. S. 122.

Geschlecht eigene Leichtsinnigkeit, oder gutmüthige Neigung, sich Andern gefällig zu beweisen, oder eine natürliche Nachgiebigkeit, — *facilitas*, — zu verstehen, vermöge welcher Frauenspersonen gar leicht zu Handlungen zu bereden sind, die ihnen zu großem Nachtheil gereichen. Die Gesetze nennen in dieser Hinsicht das weibliche Geschlecht einen *sexus infirmus*, *fragilis*, et *adversus commoda propria laborans*, *facilisque ad circumveniendum* [45]). Weil nun die Erfahrung lehrt, daß Frauenspersonen aus Leichtsinn und Gutmüthigkeit sehr leicht zu verleiten sind, eine Intercession zu übernehmen, wobey nur die gute Absicht obwaltet, durch ein gegebenes Wort einem Andern zu dienen, übrigens aber, im Vertrauen auf die Redlichkeit des Hauptschuldners, kein wirklicher Schade befürchtet wird; so soll der Vellejanische Rathsschluß die Frauenspersonen gegen solche nachtheilige Geschäfte schützen, wodurch sie eine fremde Verbindlichkeit übernahmen, und sie aus bloßer Gefälligkeit der Gefahr aussetzten, Etwas zu bezahlen, welches zu verlieren, sie weder die Absicht, noch anders woher eine Verbindlichkeit auf sich hatten [46]). Es stand aber hiermit noch ein anderer Grund in genauer Verbindung, welchen die **Lex Papia Poppaea** dem Senat darbot. Nach diesem Gesetz sollte nämlich jede Mannsperson, die nicht über sechzig, und jedes Frauenzimmer, das nicht über fünfzig Jahre alt wäre, heyrathen, wofern sie

45) *L.* 1. *C. Quando mulier tutor. officio. L. ult. Cod. de donat. ante nupt. L.* 4. *Cod. de sponsal. Nov. IX. cap.* 3. S. Hellfeld cit. Diss. §. 16. et 17.

46) Man sehe Webers Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. S. 23. ff.

nicht in die Strafen des Cölibats verfallen wollten[47]). Das wichtigste Hinderniß einer standesmäßigen Ehe war aber Mangel am Vermögen, um ein Heyrathsgut bestellen zu können, wodurch sich die rechtmäßige Ehefrau damals von der Concubine unterschied. Um nun diesem Gesetz Folge leisten zu können, lag selbst dem Staate daran, daß den Frauenspersonen ihr Vermögen zu diesem Zweck erhalten werde. Wie sehr mußte nicht also auch dem Senate daran gelegen seyn, zu verhüten, daß Frauenspersonen durch Intercessionen nicht um ihr Vermögen gebracht würden[48])? Wie nothwendig eine dos zur Schließung einer standesmäßigen Ehe gewesen sey, beweißt unter andern die bekannte Stelle aus des Plautus Trinummus[49]), wo Lesbonicus sagt: *Nolo ego mihi te tam prospicere, qui meam egestatem leves, sed ut inops infamis ne sim: ne mihi hanc famam differant, me germanam meam sororem in concubinatum tibi sic* SINE DOTE *dedisse magis, quam in matrimonium.* Auf diese Nothwendigkeit eines Heyrathsgutes machen auch die röm. Juristen aufmerksam. Paulus sagt *L. 2. D. de iure dot.* REIPUBLICAE *nostrae interest, mulieres dotes salvas habere,* PROPTER QUAS *nubere possunt.* Noch mehr bestärkt dieses Pomponius, wenn er *L. 1. D. Soluto matrim.* sagt: **Dotium causa semper et ubique praecipua est:** *nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse foeminas, ad sobolem pro-*

47) S. Heineccii Comment. ad Leg. Iul. et Papiam Poppaeam Lib. II. cap. 3.

48) S. *Christ. Henr.* Breuning Progr. de politia SCti Velleiani de fidejussione feminarum. *Lipsiae* 1752. §. 8. et 9.

49) *Act. III. Scen. II. v.* 62. *sqq.*

creandam, replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium. Weil jedoch Frauenspersonen leichter zu bewegen sind, wenn es blos darauf ankommt, sich für einen Andern verbindlich zu machen, als wenn davon die Rede ist, daß sie etwas schenken sollen [50]); so läßt sich daraus erklären, warum die Verordnung des Vellejanischen Rathschlusses ihnen nicht zu Statten kommt, wenn von solchen Rechtsgeschäften derselben die Rede ist, wobey sie aus Freygebigkeit eine wirkliche Aufopferung des Ihrigen bewilliget haben [51]). Mit Recht sagt daher Callistratus *L.* 21. §. 1. *D. h. t.* **Item** ***si quid liberaliter fecerit,*** **veluti ne iudicatus pater eius propter solutionem vexetur, non erit tuta Senatusconsulto:** ***oneribus enim earum Senatus succurrit.*** Es gehört hierher nicht nur, wenn eine Frauensperson für einen Andern Zahlung geleistet [52]), oder Pfänder zurückgegeben hat [53]); denn hier ist nicht einmal eine wahre Intercession vorhanden; sondern auch wenn sie wirklich eine fremde Verbindlichkeit auf sich genommen hat, aber ihre Intercession blos **animo donandi** geschehen ist [54]). Jedoch versteht sich von selbst, daß eine sol-

50) *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* **Facilius se mulier obligat, quam alicui donat.** S. Röslins angef. Abh. von besond. weiblichen Rechten 2. Th. S. 95. f.

51) *L.* 4. §. 1. *cit.* **Proinde, si,** ***dum vult Titio donatum,*** **accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit,** ***cessat Senatusconsultum.*** **Sed et** ***si tibi donatura,*** **creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit.** ***Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti.***

52) *L.* 5. *D. h. t.* *L.* 1. *L.* 9. *Cod. eodem.*

53) *L.* 8. *pr. D. h. t.* *L.* 1. *L.* 4. *Cod. eodem.*

54) S. Webers angef. Beiträge 1. St. S. 24. ff.

che Absicht bey einer wirklichen Uebernahme fremder Verbindlichkeiten im Zweifel nicht vermuthet wird, sondern immer einen bündigen Beweis erfordert. Dieser Beweis wird aber dadurch noch nicht überflüßig, daß die Intercedentin die schlechten Vermögensumstände des Hauptschuldners kannte, wofern sie nicht den völligen Verlust des Ihrigen als ganz gewiß voraussahe, und in diesem Bewußtseyn die Verbindlichkeit für den Schuldner übernahm, ohne deshalb eine Entschädigung zu erwarten[55]).

§. 922.

Wem und für wen verbietet das Senatusconsult zu intercediren?

Das Vellejanische Senatusconsult mißbilliget nun also alle oben angegebenen Arten von Intercessionen, sobald sie von Personen weiblichen Geschlechts übernommen werden, und es ist kein Unterschied, sie mögen verheyrathet, oder ledig, Jungfern oder Wittwen, von vornehmen oder geringen Stande seyn[56]). Es ist auch gleichviel, der Gläubiger sey eine Manns- oder Weibsperson. *L. 5. Cod. h. t.* sagt ausdrücklich: **Si sine voluntate tua res tuae a marito tuo pignori datae sunt, non tenentur. Quodsi consensisti obligationi, *sciente creditrice*, auxilio Senatusconsulti uti potes.** Leyser[57]) meint zwar, diese Verordnung streite gegen die bekannte Regel, nach welcher ein Privilegirter gegen einen gleichmäßig Privilegirten sich seines Privilegiums nicht bedienen könne; von der

55) S. Weber a. a. O. S. 27.

56) S. Röslins angef. Abhandlung 2. Bd. S. 64.

57) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIX. medit. 2.

man doch hier eine Ausnahme zu machen, keinen vernünftigen Grund habe. Es lasse sich daher von jener Verordnung kein anderer Grund angeben, als der, weil es dem Gesetzgeber eben so beliebt habe. Allein die vom Leyser angeführte Regel findet hier keine Anwendung. Sie setzt eine Collission der Privilegien oder der besondern Rechte voraus, welche hier offenbar nicht eintritt, wenn eine Frauensperson sich bey einer andern Frauensperson für einen Dritten verbürgt hat. Hier kann sich immerhin die Bürgin des ihr vermöge des Senatusconsults zustehenden besondern Rechts bedienen, ohne dadurch dem besondern Rechte der Andern zu nahe zu treten, weil nur die Bürgin, nicht aber die Gläubigerin sich in dem Falle befindet, wo das ihr zustehende besondere Recht geltend gemacht werden kann, wie ich schon an einem andern Orte[58]) gezeigt habe.

Eben so wenig kommt es ferner in Absicht auf die Gültigkeit weiblicher Intercessionen darauf an, für wen Frauenspersonen intercediren. Der Schuldner sey eine Manns- oder Frauensperson, eine fremde oder eine mit ihnen verwandte Person, so ist die Intercession gleich ungültig. Es gilt daher weder die Bürgschaft einer Mutter für ihre Kinder, noch die Intercession einer Tochter für ihre Eltern, auch wenn sie dieselben damit aus dem Gefängniß retten könnten[59]), wie folgende Gesetzstellen lehren.

58) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 105. S. 24. f.

59) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIX. medit. 5. Röslins Abhandl. 2. Bd. S. 65. f. und Gercke Diss. cit. de limitibus SCti Vellejani §. 11.

L. 3. *Cod. h. t.* Si cum ipse mutuam pecuniam acciperes, *mater tua* contra amplissimi ordinis consultum fidem suam interposuit: exceptione se tueri potest.

L. 8. *Cod. eodem.* Si paternam obligationem non tantum masculini sexus filii, verum etiam *filiae emancipatae* in se receperunt: *quamvis filiae virilibus obligationibus eximantur propter exceptionem, quae ex Senatusconsulto Vellejano descendit;* tamen filios in id, quod se obligaverunt, teneri, *filiarumque subducta persona* patrem in id conveniri posse, in quo conveniretur, si filiae non intercessissent, dubium non est.

Daher wird auch in der Novelle 115. Kap. 3. §. 8. die Enterbungsursache, welche in einer verweigerten Bürgschaftsleistung der Kinder für ihre im Gefängniß sitzenden Eltern besteht, ausdrücklich nur auf die Söhne eingeschränkt[60]). Nicht wirksamer kann also auch wohl die Bürgschaft einer Ehefrau für ihren Mann seyn. Voet[61]) meint zwar, daß ihr das Vellejanische Senatusconsult nicht zu Statten komme, wenn sie sich für ihren Ehemann verbürgt hat, der eines begangenen Vergehens wegen war in Verhaft genommen worden. Allein diese Ausnahme ist ganz ungegründet. Schon vor dem Vellejanischen Senatusconsult waren die Intercessionen der Eheweiber für ihre Ehemänner durch die oben bemerkten Edicte der Kaiser Augustus und Claudius unbedingt verboten, und Justinian geht in der Novelle 134. Kap. 8. noch weiter. Nach dieser neuesten Verordnung soll eine

60) S. den 7. Th. dieses Commentars §. 551. S. 234. f.

61) Commentar. ad Pand. h. t. §. 10.

solche Intercession durchaus nichtig seyn, und auf keine Weise gültig werden, wenn sie auch nachher öfters wiederholt und bekräftiget worden wäre. Der einzige Fall soll ausgenommen seyn, wenn die Intercession zu ihrem eigenen Nutzen geschehen ist. Außerdem soll die Intercession einer Ehefrau für ihren Mann eben so angesehen werden, als ob sie gar nicht geschehen wäre, die Schuld des Mannes sey eine öffentliche oder Privatschuld.

Die Worte der Novelle selbst lauten nach Hombergks Version folgendermaßen:

„Si quae mulier instrumento crediti viro suo consentiat, aut subscribat, et substantiam suam, vel se ipsam obligaverit: jubemus, *ne tale quid valeat*, *vel obtineat*, sive id semel, *sive saepius pro eadem re fiat*, sive *privatum* sive *publicum* sit debitum[62]): *sed pro non scripto habeatur*, nisi manifeste probetur, pecuniam in utilitatem mulieris versam esse."

Hat eine Frauensperson für einen andern Schuldner intercedirt, der nicht ihr Ehemann ist, so ist in Gemäßheit der neuern wichtigen Verordnung des Kaisers Justinian in der *L. 23. Cod. h. t.* die Intercession nicht durchaus nichtig, sondern es ist ein Unterschied zu machen, ob sie in einem öffentlichen und von drey Zeugen unterschriebenen Instrument geschehen ist, oder nicht. Nur in dem letzten Falle ist die Intercession nichtig, und für so gut, als gar nicht geschehen, anzusehen, den einzigen

62) Hombergk, hat hier *delictum*: allein das griechische Wort ὄφλημα heißt soviel als debitum. Daß diese Bedeutung auch hier anzunehmen sey, lehrt der ganze Zusammenhang.

Fall ausgenommen, wenn die Intercedentin eine Belohnung empfing. Außer diesem Fall ist jede weibliche Intercession, die ohne jene Form geschehen ist, dergestalt ungültig, daß der Richter den Gläubiger mit der Klage gegen die Bürgin sogar von Amtswegen abweisen muß, wenn sie auch die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht vorschützt[63]). In dem ersten Falle hingegen wird die Intercession nur durch Hülfe einer Exception unwirksam, schützt sie diese nicht vor, so kann sie aus der Bürgschaft condemnirt werden. Da ich mich in der Folge auf diese wichtige Verordnung öfters werde beziehen müssen, so ist es nöthig, sie hier wörtlich einzurücken. Sie lautet folgendermaßen.

„Antiquae iurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes, supervacuas distinctiones exulare cupientes, sancimus, mulierem, si intercesserit, *sive ab initio*, *sive postea aliquid accipiens*, *ut sese interponat*, omnimodo teneri, et non posse Senatusconsulti Vellejani uti auxilio: sive *sine scriptis*, sive *per scripturam* sese interposuerit. Sed siquidem in ipso instrumento intercessionis dixerit, sese aliquid accepisse, et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur, et a tribus testibus consignatum:

63) Es werden jedoch auch da, wo Intercessionen der Frauenspersonen an sich nichtig sind, die andern Rechtsmittel des gemeinen Rechts, welche z. B. wegen einer Arglist, oder wegen einer versio in rem Statt finden, nicht ausgeschlossen. Actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus Ordo non excludit, sagt *L.* 30. *pr. D. h. t.* S. auch *L.* 15. *D. eodem*, und Thibaut System des P. R. 2. Bd. §. 944.

omnimodo esse credendum, eam pecunias vel res accepisse, et non esse ei ad Senatusconsulti Vellejani auxilium regressum. Sin autem sine scriptis intercesserit, vel instrumento non sic confecto, tunc si possit stipulatur ostendere; eam accepisse pecunias vel res, et sic subiisse obligationem; repelli eam a SCti iuvamine. Sin vero hoc minime fuerit ab eo approbatum: tunc mulieri superesse auxilium, et antiquam actionem adversus eum servari, pro quo mulier intercessit, vel ei actionem parari. — Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis sese obligare, *nisi instrumento publice confecto*, *et a tribus testibus subsignato*[64]) *accipiant homines a muliere pro aliis confessionem:* tunc enim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem *extra eandem observationem* mulieres acceperint intercedentes: *pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura*, *vel sine scriptis obligatio*, *tanquam nec confecta*, *nec penitus scripta:* ut nec Senatusconsulti auxilium imploretur, set sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto.

64) Höpfner im Commentar über die Institutionen des Heineccius. §. 838. Not. 3. hält es h. z. T. für hinreichend, wenn das Document von der Obrigkeit ausgefertiget ist; Röslin hingegen in der angef. Abh. 2. Bd. S. 191. sagt, was ein öffentliches Instrument sey, müsse nach den Gesetzen eines jeden Orts bestimmt werden.

§. 923.

Wirkung des Vellejanischen Senatusconsults.

Der Vellejanische Rathsschluß hebt zwar die Verbindlichkeit, welche nach dem natürlichen Rechte aus der Intercession einer Frauensperson entsteht, gänzlich auf[65]), erklärt aber doch deswegen die weiblichen Intercessionen nicht für absolut nichtig, sondern sie sollen nach der Vorschrift desselben nur eine unwirksame Verbindlichkeit erzeugen[66]). Es findet daher I) nach dem strengen Recht zwar gegen die Intercedentin eine Klage Statt; allein sie kann sich, wenn sie aus der Intercession belangt wird, mit einer Einrede (*exceptio SCti Vellejani*) schützen, wodurch die ganze Klage unwirksam gemacht wird. In dieser Hinsicht sagt *L.* 9. *Cod. h. t.* **Senatusconsultum de intercessionibus obligationem mulieris efficacem esse non sinit.** Bedient sich also die Intercedentin der ihr nach dem Senatusconsult zustehenden Einrede nicht, so kann sie zur

65) Julian sagt *L.* 16. §. 1. *D. h. t.* **Totam obligationem Senatus improbat.**

66) Der Senat sagt blos: *se arbitrari, non esse aequum, foeminas obstringi eius generis obligationibus, quae ad officia virilia pertinent. L.* 2. §. 1. *D. h. t.* Wenn es nun gleich vorher heißt: *iam ante ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur;* so geht doch dieses nicht darauf, daß die Klage von richterlichen Amtswegen nicht gestattet, sondern vielmehr daß sie ope exceptionis verworfen werden solle, wie *Ger.* Noodt in Comm. ad Pand. h. t. §. *Pergit Senatus* pag. 354. sq. gezeigt hat. Eben so ist auch Pomponius zu verstehen, wenn er *L.* 32. §. 3. *D. h. t.* sagt: **Totus sermo SCti ad petitionem non dandam adversus mulierem spectat:** das heißt, **ad dandam mulieri exceptionem,** wie es Noodt a. a. O. pag. 355. erklärt.

Bezahlung verurtheilt werden, ohne daß den Richter deshalb der Vorwurf einer begangenen Ungerechtigkeit oder Nichtigkeit trifft [67]). Nach dem neuern Recht fällt dieses jedoch in zwey Fällen weg, nämlich a) wenn eine Frau für ihren Ehemann intercedirt hat [68]), und b) wenn die Intercession für einen andern Schuldner in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist. Hier findet das Senatusconsult nicht Statt, und die Klage muß schon von richterlichen Amtswegen verworfen werden, als wenn gar keine Intercession geschehen wäre [69]). II) Hat die Intercedentin dem Gläubiger des Schuldners zur Sicherheit ein Pfand gegeben, so kann sie dieses von jedem Besitzer vindiciren, und es müssen ihr Früchte und Schäden ersetzt werden. Pomponius sagt *L.* 32. §. 1. *D. h. t.* **Si mulier rem a se pignori datam per intercessionem recipere velit, fructus etiam liberos [70]) recipit: et si res deterior facta fuerit, eo nomine magis aestimetur. Sed**

67) *Nov. CXXXIV. cap.* 8.

68) *L.* 23. §. 2. *in fin. Cod. h. t.*

69) S. Müller ad *Struvium* Exercit. XXI. Th. 4. not. *α.* Nr. V. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4141. Nicht unrecht sagt daher Westphal in seinen Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 1. S. 83. daß hier der Frauensperson nicht sowohl die exceptio SCti Vellejani, als vielmehr die exceptio nullitatis zu Statten komme.

70) *Fructus liberi* sind, wie es Accursius ganz gut erklärt, quasi non obligati, das heißt, der Gläubiger kann so wenig die Früchte, als die Sache selbst, zum Pfande, zurückhalten, oder jene auf die Schuld anrechnen. S. *Ant.* Fabri Rational. in Pand. ad L. 32. §. 2. D. h. t. und Pothier Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXIX. not. g.

si creditor, qui pignus per intercessionem acceperit, hoc alii vendidit, vera est eorum opinio, qui petitionem dandam ei putant et adversus bonae fidei emtorem: *ne melioris conditionis emtor sit, quam fuerit venditor*[71]). Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn sie dem Gläubiger zur Bezahlung der Schuld, für welche sie gut sagte, eine Sache verkauft, und übergeben hat. Setzt ihr der Gläubiger, wenn sie die Sache vindicirt, die exceptio rei venditae et traditae entgegen, so kann sie repliciren, daß der Verkauf dem Senatusconsult zuwider geschlossen worden, und daher ungültig sey. Ja wenn auch der Gläubiger den Kauf nicht selbst mit der Intercedentin geschlossen, sondern eine dritte Person untergeschoben hätte, so würde dieses dennoch keinen Unterschied machen, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 32. §. 2. *D. h. t.* Item si mulier creditori viri fundum vendidit, et tradidit ea conditione, *ut emtor acceptam pecuniam viro referret*, et hunc fundum vindicat: exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicabitur a muliere, *aut*[72]) *si ea venditio contra Senatusconsultum facta sit*[73]). Et hoc proce-

71) S. *L.* 175. §. 1. *D. de div. reg. iuris.*

72) Haloander lieset statt *aut si*, AC *si*. Anton Faber in Rational. ad h. L. aber AT *si*.

73) Diese Worte geben deutlich zu erkennen, daß hier von keiner bloßen Zahlung für den Schuldner die Rede sey, wo die *L.* 4. *Cod. h. t.* auxilium Senatusconsulti versagt; sondern von einem solchen Falle, wo der Verkauf zur Eludirung des Vellejanischen Senatusconsults geschehen war. Wenn jedoch *Iac.* GOTHOFREDUS Animadversion. iuris civ. cap. 10. (*in Thes.*

dit, sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua. Idem est, et si non pro viro, sed *pro alio debitore* rem suam tradidit.

Ein ganz anderer Fall wäre es, wenn die Intercedentin ihre Sache zwar in der Absicht, um sich mit dem Erlöß ihrer Bürgschaft zu entledigen, aber an einen Dritten unbedingt verkauft hätte, der weder der Gläubiger selbst, noch eine von ihm untergeschobene Person ist. Hier kann sie die verkaufte Sache nicht vindiciren. Denn man kann hier nicht sagen, daß der Käufer dem Vellejanischen Senatusconsult entgegen gehandelt habe[74]). III. Wenn sie vermöge der Intercession für den Schuldner zahlte, so kann sie das Gegebene, jedoch nur insofern, als es aus Irrthum geschahe, von dem Empfänger mit der condictio indebiti, aber ohne Zinsen, zurückfordern.

iuris Rom. *Otton.* Tom. III. pag. 291. diese Gesetzstelle von einem solchen Falle verstehen will, wo die Frauensperson noch vor entstandener Schuld das Ihrige verkaufte, um das Kaufgeld auf das von einem Dritten zu contrahirende Darlehn abrechnen zu lassen, so widerstreitet offenbar der ganze Wortverstand dieser Erklärung. Die hier gebrauchte Redensart, *acceptam pecuniam alicui referre* heißt ja nichts anders, als in dem Rechnungsbuche bemerken, daß der Schuldner das Geld wieder bezahlt habe. Daß hier von einer schon contrahirten Schuld die Rede sey, lehren auch die *Basilica* Tom. IV. p. 198. wo die Worte *ea conditione* etc. so lauten: *ἐπὶ αἱρέσει τοῦ λογίσασθαι την τιμήν εἰς τὸ χρέοσ τοῦ ἀνδρος.* Man sehe auch *Ant.* Fabri Rational. in Pand. ad h. L.

74) S. Pothier Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. IV. not. d. und Röslins Abh. von besondern weiblichen Rechten. 2. Bd. S. 78. f. §. 36.

L. 9. *Cod. h. t.* Quamvis mulier pro alio solvere possit; tamen si *praecedente obligatione,* quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, *eius Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans, locum habet repetitio.*

Hierdurch unterscheidet sich also der Vellejanische Rathsschluß von dem Macedonianischen, wovon Marcian *L.* 40. *pr. D. de condict. indebiti* den Grund angibt, weil jener zum Besten der Frauenspersonen, dieser aber aus Haß gegen die Gläubiger gemacht sey. Allein der wahre Grund dieses Unterschiedes ist vielmehr der, weil das Vellejanische Senatusconsult selbst der sonst aus weiblichen Bürgschaften entstehenden natürlichen Verbindlichkeit dergestalt alle Wirkung entzogen hat, daß in den bürgerlichen Gerichten, den Fall eines Dolus ausgenommen, gar keine Rücksicht weiter darauf genommen wird [75]); dahingegen der Macedonianische Rathsschluß dem Gläubiger nur blos die Klage versagt, ohne die Verbindlichkeit des Schuldners selbst aufzuheben [76]). Der Zahlung wird die Delegation gleichgeachtet, wenn nämlich die Bürgin zur Befriedigung des Gläubigers, bey dem sie intercedirte, ihren Schuldner an ihre Stelle setzte, und auch hier wird die Condiction gestattet, wie Ulpian in folgender Gesetzstelle lehrt.

L. 8. §. 3. *D. h. t.* Interdum intercedenti mulieri et *condictio* competit: puta si contra Senatusconsul-

75) S. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 70. S. 262.

76) *L.* 10. *D. de SCto Macedon.* S. Huberi Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. und besonders Hellfeld Diss. de condictione mulieri intercedenti competente. *Ienae* 1739. §. 23. sqq.

tum obligata, debitorem suum delegaverit. Nam hic ipsi competit *condictio*: quemadmodum si pecuniam solvisset, *condiceret*: solvit enim et qui reum delegat.

Sie kann jedoch auch, wenn sie will, die geschehene Zahlung gelten lassen, und dann, wie jeder andere Bürge, mit der actio mandati gegen den Schuldner ihren Regreß nehmen. Nur muß sie in diesem Falle den Schuldner durch hinlängliche Caution gegen allenfallsige Ansprüche des Gläubigers in Sicherheit setzen.

L. 31. *D. h. t.* Si mulier, quod ex intercessione solvit, nolit repetere, sed *mandati agere, et cavere velit de indemnitate reo,* audienda est[77]).

Zuweilen kann die Intercedentin auch gegen den Gläubiger darauf klagen, daß sie von der übernommenen Verbindlichkeit befreiet werde. Die Klage ist hier ebenfalls die *condictio indebiti*, welche bekanntermaßen auch auf Befreiung von einer ohne Schuldigkeit übernommenen Verbindlichkeit geht[78]). Diese Condiction kommt ihr sogar auch da zu Statten, wo sie die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht vorschützen konnte, wie aus folgender merkwürdigen Gesetzstelle erhellet.

L. 8. §. 2. *D. h. t.* Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem eius: duas intercessiones factas, JULIANUS *Libro* 12. *Digestorum* scribit: unam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem

77) S. *Ant.* FABRI *Rational.* ad Pandect. in h. L. und POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. XXXVIII. not. f.

78) *L.* 3. *Cod. de condict. indebiti.*

eius: et ideo et Primo restitui obligationem, et adversus eum. MARCELLUS autem notat, esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur, et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat; an vero quasi debitrix delegetur; scilicet, ut si quasi debitrix delegata est, una sit intercessio. Proinde secundum hanc suam distinctionem, in prima visione, ubi quasi debitrix delegata est, exceptionem ei Senatusconsulti MARCELLUS non daret: sed condemnata, vel ante condemnationem, *condicere utique ei, a quo delegata est, poterit, vel quod ei abest, vel si nondum abest, liberationem.*

Anton Faber[79]) findet bey dieser Stelle unauflösliche Schwierigkeiten, welche er am Ende einer unrichtigen Auslegung des Tribonians von Marcellus Note zu Julian zuschreibt. Der Fall, von welchem das Gesetz redet, ist folgender. Eine Frauensperson hatte bey dem A. für den B. und bald nachher auch für den A. bey seinem Gläubiger C. intercedirt. Es entstand hier die Frage, ob dieses für eine oder für zwey Intercessionen zu halten, und welches die rechtliche Folge davon sey? Ulpian führt zuerst Julians Meinung an, welcher in seinen Digesten lehrt, daß in dem vorliegenden Falle zwey Intercessionen geschehen wären, die eine für den B. bey dem A. die andere für den A. bey seinem Gläubiger C. Die Folge sey daher, daß dem A. seine alte Klage gegen den B. und dem C. gegen den erstern wieder hergestellt werde. Da von einer Wiederherstellung der Klage nur dann die Frage seyn kann, wenn die Intercession eine vorhandene Ver-

79) Conjectur. iuris civ. Lib. XVIII. cap. 1.

bindlichkeit aufhob, so ist also hier ein solcher Fall voraus=
zusetzen, wo Intercession durch eine Novation oder De=
legation geschehen war. Allein Ulpian bemerkt, daß
Marcellus in seinen Noten zu Julian hier einen Unter=
schied mache, ob die Intercedentin die Verbindlichkeit des
A. bey seinem Gläubiger schlechthin durch Expromission
übernommen, oder ob sie namentlich, als Schuldnerin
des A., nämlich wegen der bey demselben für seinen Schuld=
ner B. geleisteten Expromission, an seine Stelle dem Gläu=
biger desselben sey überwiesen worden. In dem letztern
Falle, (durch eine Verwechselung, die jedoch in unsern Ge=
setzen nicht ungewöhnlich ist, wird zwar gesagt: *in prima
visione*; allein der Beisatz: *ubi quasi debitrix dele-
gata est*, zeigt an, daß von dem andern Falle die Rede sey)
in dem letztern Falle also behauptet Marcell, daß nur eine
Intercession vorhanden sey, nämlich die durch Novation zu=
erst bey dem A. für den B. geschehen war. Der erste
Fall ist zwar nicht weiter berührt, allein gerade aus die=
sem Stillschweigen sieht man, daß Marcell hierin der
Meinung des Julians beygestimmt habe. Dieser Distin=
ction zu Folge schließt nun Ulpian, daß Marcellus in
jenem zweiten Falle, da die Intercedentin, als Schuld=
nerin des A., an dessen Stelle delegirt worden ist, der=
selben auch die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults
nicht gestattet haben werde. Warum? Die meisten Aus=
leger sagen, weil die Intercedentin sich arglistig für die
Schuldnerin des A. ausgegeben, da sie doch gewußt, daß
sie für seinen Schuldner B. blos intercedirt habe; sie habe
also den unwissenden Gläubiger des A. hintergangen. Da=
rum sey die zweite Intercession für keine solche zu halten,
wogegen ihr das Vellejanische Senatusconsult zu Statten

komme [80]). Allein wäre dieses der Grund, so würde ihr auch wohl kein Rechtsmittel gegen ihren Gläubiger, von dem sie delegirt worden, zugestanden werden können, wie ihr doch hier ausdrücklich eingeräumt worden ist. Anton Faber kann daher schlechterdings nicht begreifen, wie Marcellus der delegirten Frauensperson die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults würde haben absprechen können, da die Delegation ohne allen Zweifel eine Art von Intercession sey. Allein der Umstand, daß die Frauensperson, welche für den Schuldner des A. expromittirt hatte, sich von dem Gläubiger, als Schuldnerin, an seinen Gläubiger delegiren ließ, war allerdings entscheidend. Denn da nach dem Vellejanischen Senatusconsult die Intercession einer Frauensperson nicht schlechterdings ungültig ist, sondern nur durch Hülfe der Exception unwirksam wird, so war sie, opposita nondum exceptione, allerdings nach dem strengen Recht als Schuldnerin des A. anzusehen. Sie übernahm also durch die Delegation nicht sowohl eine fremde Verbindlichkeit, sondern versprach nur dem Gläubiger des A. das bezahlen zu wollen, was sie diesem, nämlich dem A., schuldig zu seyn glaubte. Da sie also als Schuldnerin nicht intercedirte, sondern vielmehr, wie Pothier [81]) ganz richtig sagt, ihr eigenes Geschäft gerirte; so konnte Ulpian in Gemäßheit des von

80) S. *Io. Iac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. P. I. Disputat. XXX. Th. 11. *Iust.* Meier *Ευδοξῶν* Iustinianeor. Decad. V. Cap. 7. §. 2. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Decad. LVI. Th. 5. *Ulr.* Huber Eunomia Rom. ad Lib. XVI. Pand. pag. 583. und *Pet. de* Greve Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora Exercit. XIII. §. 4.

81) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXVI. not. g.

Marcellus gemachten Unterschiedes mit Recht sagen, Marcell werde in diesem Falle die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht gestattet haben, wenn der Gläubiger, dem sie delegirt worden ist, auf die Bezahlung gegen sie klagt. Ob sie sich im Ernst für die Schuldnerin des A. hielt, oder gewußt habe, daß sie durch eine Exception gedeckt sey, kommt hier in Rücksicht des dritten Gläubigers in keine weitere Betrachtung, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 12. *D. de novation.* Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei, qui donat; quoniam remittere exceptionem videtur. Sed si per ignorantiam promiserit creditori, *nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit;* quia ille suum recepit: sed is, qui delegavit, tenetur *condictione* vel *incerti* [82]), si non pecunia soluta esset: et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget *mandati iudicio.*

L. 13. *D. eodem.* Si non debitorem, quasi debitorem, delegavero creditori meo, *exceptio locum non habebit:* sed *condictio* adversus eum, *qui delegavit*, competit.

Es ist also schon den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemäß, daß der delegirte Schuldner dem Gläubiger des Delegirenden keine Einrede entgegensetzen könne, die ihm allenfalls gegen den Deleganten, seinen vorigen Gläubiger, zustand; um so mehr zu begreifen ist es

82) Scil. in hoc ut teneatur facere, ut ab isto creditore liberetur. Ein solches factum liberationis kann nicht anders als durch eine *condictio incerti* verlangt werden. S. Pothier Pandect. Iustinian. T. III. Tit. de novationib. Nr. XXXI. not. b. et c.

daher, warum Marcell, nach Ulpians Erklärung seiner Distinction, auch der, als Schuldnerin des A., delegirten Intercedentin keine Exception gegen den Gläubiger des A. gestattet haben würde[83]). Da aber doch die Schuldverbindlichkeit der delegirten Frauensperson in dem gegenwärtigen Falle wirklich nur aus einer Intercession entstanden war, gegen welche das Vellejanische Senatusconsult das weibliche Geschlecht ein für allemal geschützt wissen will, so ist es nun auch ferner sehr natürlich und begreiflich, warum der Intercedentin zu ihrer Entschädigung eine Condiction gegen denjenigen gestattet wird, von dem sie war delegirt worden, vermöge welcher sie entweder das, was sie für denselben bezahlt hat, zurückfordern, oder, wenn sie noch nicht bezahlt hat, auf Befreiung von ihrer indebite übernommenen Verbindlichkeit klagen kann. Anton Faber findet zwar auch dieses neu und unerhört, daß der Frauensperson eine Condiction gegen denjenigen zustehen soll, von dem sie delegirt worden ist, da sie ja durch Delegation von ihrer Verbindlichkeit gegen ihn war befreiet worden. Daß ihr dessen ungeachtet geholfen werde, sey freilich billig; allein diese Hülfe müsse man ihr gegen denjenigen angedeihen lassen, dem sie durch die Delegation verpflichtet worden ist, nicht aber gegen denjenigen, von dem sie dadurch befreiet worden ist. Denn es sey ja eine

83) Dem Marcell ist Paulus nicht entgegen, wenn dieser *L.* 19. *D. de novation. et delegat.* sagt: Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Diversum est in muliere, quae *contra SCtum* promisit. *Nam et in secunda promissione intercessio est.* Denn hier ist von einem solchen Falle die Rede, wo zwar eine Frauensperson delegirt worden ist, aber nicht als Schuldnerin des Deleganten. S. Hellfeld Diss. de condictione, mulieri intercedenti competente. §. 33.

ewige Wahrheit, daß man nur von dem condiciren könne, dem die Zahlung geschehen ist, nicht aber von dem, welchem dadurch genutzt worden ist[84]). Allein dieses ganze Raisonnement widerlegt sich theils aus dem Vorhergehenden schon von selbst, theils beweißt noch insonderheit die *L.* 5. §. 5. *D. de doli mali et metus exceptione*, wo es ausdrücklich heißt: Itaque *condictione* tenetur debitor, *qui delegavit*, ut vel *liberet debitorem*, vel, si solvit, ut *pecunia ei reddatur*, daß es in unserm Rechte gar nichts Neues sey, daß die Condiction gegen einen Andern Statt finden könne, als dem die Zahlung geschehen ist.

IV. Auf Seiten des Gläubigers besteht die Wirkung des Vellejanischen Rathsschlusses darin, daß a) wenn die Intercession einen Dritten, welcher den Contract, in den die Intercedentin, als Selbstschuldnerin, trat, schließen wollte, von einer künftigen Verbindlichkeit befreiete, num dem Gläubiger die aus der Intercession entsprungene Klage gegen den Dritten gestattet wird. Man nennt diese Klage *actio institutoria*, quia instituit magis, quam restituit obligationem, wie Ulpian sagt *L.* 8. §. 14. *D. h. t.* Es wird aber freilich vorausgesetzt, daß der Dritte die Verbindlichkeit, welche er contrahiren wollte, müsse gültig haben eingehen können. War also der Dritte noch unmündig, oder er stand unter väterlicher Gewalt, und wollte ein Gelddarlehn aufnehmen, so fällt alle Klage weg[85]). Wenn hingegen b) die Intercession eine vorhandene Verbindlichkeit aufhob, so wird dem Gläubiger seine alte Klage gegen den ersten Schuldner wiederhergestellt. Diese Klage wird dann *actio restitutoria*[86]), oder *rescissoria*[87]), und zum Unterschied der vorigen nach dem strengen Recht erloschenen Klage, welche eine actio directa war, *actio utilis*[88]) genannt, und unterscheidet sich von

84) *L.* 49. *D. de condict. indebiti.*

85) *L.* 8. §. 15. *D. h. t.* S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XLIX. not. b.

86) *L.* 8. §. 9. 12. *et* 13. *D. h. t.* *L.* 12. §. 2. *D. eodem.*

87) *L.* 16. *Cod. h. t.*

88) *L.* 8. §. 8. *D. h. t.*

andern prätorischen Restitutionsklagen darin, daß sie nicht die kurze Dauer hat, welche sonst jenen Rechtsmitteln eigen ist, sondern eine actio perpetua ist[89]). Es müßte dann etwa die alte Klage eine Temporalklage gewesen seyn. Hier muß die actio restitutoria binnen der Zeit angestellt werden, die damals noch übrig war, als die Expromission von der Frauensperson geschahe, und diese fängt dann, wie Ulpian[90]) lehrt, erst nach erhaltener Restitution zu laufen an. Die Klage findet übrigens Statt, wenn gleich der Gläubiger noch nicht weiß, ob ihn die Intercedentin bezahlen werde, oder nicht[91]); ja wenn er auch derselben die

89) *L.* 10. *D. h. t.* Mehrere Rechtsgelehrte behaupten, daß sich die actio restitutoria auch darin von andern prätorischen Restitutionsklagen unterscheide, daß hier kein besonderes Restitutionsgesuch nöthig sey, sondern die Klage ipso iure vom Gesetz restituirt werde. S. *Iac.* CUJACIUS Tract. IV. ad Africanum in L. 19. D. h. t. *Ulr.* HUBER Praelection. ad Pand. h. t. §. 8. und Thibaut System des P. R. 2. Bd. §. 946. Allein das Gegentheil lehren *Hugo* DONELLUS in Commentar. iuris civ. L. XII. c. 31. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. XXX. Th. 5. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. gestützt auf den Satz, daß eine einmal erloschene Klage nicht ipso iure wieder auflebe. Für diese Meinung sprechen auch *L.* 1. §. 2. *L.* 14. *D. h. t.* und *L.* 24. §. 3. *h. t.* Zwar heißt es am Ende der letztern Stelle statim, atque intercessit mulier, competere actionem; allein dieß geht auf das Restitutionsgesuch, nicht auf die restituirte Klage. Für diese Meinung streiten auch die oben angegebenen Benennungen dieser Klage.

90) *L.* 24. §. *ult. D. h. t.* Si pro eo, qui *temporali actione* teneretur, mulier intercesserit, *temporalis actio* restituetur; *sic tamen, ut ex praecedenti causa, continua tempora numerarentur post restitutionem.* Diese Stelle interpretiren die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 7. Const. 55. p. 195. auf folgende Art: *Ἐὰν εἰς πρόσκαιρον ἀγωγὴν ἀντιφωνήσῃ γυνὴ, ἐνέχεται ὁ χρεώστης εἰς τὸν τότε ὑπολιμπανόμενον χρόνον, ἀρχόμενον τρέχειν μετὰ τὴν ἀποκατάστασιν.* i. e. *Si pro eo, qui temporali actione teneretur, mulier intercesserit, debitor tenetur intra tempus, quod tunc supererat, numerandum post restitutionem.* Vorzüglich ist hier DONELLUS in Comm. iuris civ. Lib. XII. cap. 31. §. *Postremo videndum* pag. 624. zu vergleichen.

91) *L.* 13. §. 2. *L.* 24. §. 2. *D. h. t.*

Schuld erlassen hat[92]); oder ihr Erbe geworden ist[93]). Nur dann fällt sie weg, wenn die Intercedentin bezahlt hat, ohne daß eine Zurückforderung Statt findet[94]), oder der Gläubiger schon durch ein anderes Rechtsmittel gegen den Schuldner gedeckt ist. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn der Gläubiger mit dem Schuldner die Uebereinkunft getroffen hatte, daß er ihn seiner Schuldverbindlichkeit entlassen wolle, wenn er ihm einen Expromissor stellen würde, und dann der Schuldner eine Frauensperson an seine Stelle setzte, welche den Gläubiger mit der Einrede des Vellejanischen Senatusconsultums zurückwieß. Hier stehe dem Gläubiger die ***condictio causa data, causa non secuta*** gegen den alten Schuldner zu; denn er hat die Bedingung des Vertrags nicht erfüllt. Er bedarf also der **actio restitutoria** nicht[94]). Ist hingegen die Intercedentin des Schuldners Erbin geworden, für den sie expromittirte, so haftet sie, und es ist gleichviel, ob sie der Gläubiger mit der **actio directa**, oder **restitutoria** belangt[95]).

V. Wenn endlich eine Frauensperson mit einer Mannsperson intercedirte, so ist zu unterscheiden: 1) Intercedirten beyde **correaliter**, so bleibt der Mann allein **in solidum** verhaftet, weil er hätte wissen können, oder wissen sollen, daß Frauenspersonen eine solche Verbindlichkeit nicht gültig übernehmen können[96]). 2) Intercedirten hingegen beyde nicht **correaliter**, sondern jeder übernahm blos einen Theil der fremden Verbindlichkeit; so haftet die Mannsperson für die fremde Schuld nicht weiter, als zu dem über-

92) *L.* 8. §. 9. *D. h. t.*

93) *L.* 8. §. 10. *D. eodem.*

94) *L.* 8. §. 8. *D. h. t.* In den *Basilicis* Tom. IV. p. 189. wird die *condictio causa data, causa non secuta* (ἡ περὶ αἰτίας δοθείσης, ἡ τῆς μὴ παρακολουθησάσης αἰτίας παραγγελία) ausdrücklich genannt. Man sehe auch *L.* 4. *D. de condict. causa data*, und *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad L. 4. D. cit.

95) *L.* 8. §. 13. *D. h. t.* Plane si mihi proponas, mulierem vetere debitori successisse, dicendum erit, *restitutoria* eam conveniri posse. Sed et *directa actione:* nihil enim eius interest, qua actione conveniatur.

96) *L.* 48. *D. de fideiussor.* S. Röslins Abh. von besond. weiblichen Rechten 2. Bd. S. 82. folg.

nommenen Theil [97]). Wegen des von der Weibsperson übernommenen Theils aber muß sich der Gläubiger an den Schuldner halten, und entweder actione directa, oder wenn die Intercession privativ war, actione institutoria oder restitutoria klagen [98]). Diese Vorschriften finden jedoch in dem Falle keine Anwendung, wenn eine Frauensperson zugleich mit einer Mannsperson eine Schuld contrahirte. Denn hier haftet sie immer für ihren Antheil als Selbstschuldnerin [99]).

97) *L.* 8. *Cod. h. t.* S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

98) *L.* 8. §. 14. *D. h. t. Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 6.

99) *L.* 17. *D. h. t.* Die Praxis macht zwar eine Ausnahme in dem Falle, wenn eine Ehefrau zugleich mit ihrem Ehemann eine Schuld contrahirt. Hier soll die Ehefrau nur in sofern, als der Gläubiger die Verwendung des angelehnten Geldes zu ihrem Nutzen beweißt, verbunden seyn. Allein der Theorie ist dieses nicht gemäß. S. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 6. not. l. und diesen Commentar Th. 12. §. 782. S. 62. f.

